



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Justice et droit du procès
Dirigé par Madame le Professeur Cécile CHAINAIS
2022**

Prouver dans le procès environnemental

Louise MANGIN

Sous la direction de Madame le Professeur Lucie MAYER

Master 2 - Justice et droit du procès
Dirigé par Madame le Professeur Cécile Chainais
2021-2022



Mémoire de recherche :

Prouver dans le procès environnemental

Louise Mangin

Sous la direction de Madame le Professeur Lucie Mayer

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements vont à Madame le Professeur Lucie Mayer pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire ainsi que pour sa disponibilité et sa confiance.

Je tiens également à remercier Monsieur Nicolas Vidal pour son soutien et ses précieux conseils.

Sigles et abréviations

ANSES : Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail
Ass. : Assemblée
CA : Cour d'Appel
CAA : Cour administrative d'Appel
Cass. : Cour de cassation
CE : Conseil d'Etat
Conv. EDH : Convention européenne des droits de l'homme
CEDH : Cour européenne des Droits de l'Homme
civ. : chambre civile de la Cour de cassation.
CJA : Code de justice administrative
CGEDD : Conseil général de l'environnement et du développement durable
CIRC : Centre international de recherche sur le cancer
CNRS : Centre national de recherche scientifique
Com. : chambre commerciale de la Cour de cassation
CPC : Code de procédure civile
CPCE : Code des procédures civiles d'exécution
CPP : Code de procédure pénale
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
D. : Recueil Dalloz
DACG : Direction des affaires criminelles et des grâces
DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen
DMF : Le Droit maritime français (Revue)
GES : Gaz à effet de serre
GIEC : Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
Ibidem : « Même endroit »
ICPE : Installations classées pour la protection de l'environnement
IGJ : Inspection générale de la justice
JLD : Juge des libertés et de la détention
JULIS : Juridictions du littoral spécialisées
Obs. : Observations
OGM : Organismes génétiquement modifiés
ONG : Organisation non gouvernementale
Op. cit. : *opus citatum*, ouvrage cité
OPJ : Officier de police judiciaire
PEPP : Pôle d'évaluation des politiques pénales
PFAD : *palm fatty acid distillates*, distillats d'acides gras dérivés de l'huile de palme
PIDE : Pôle interdépartemental « Environnement »
Ppm. : Parts par million. Désigne les parts d'hydrocarbures par million de parts d'eau, en volume.
PUF : Presses Universitaires de France
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
TA : Tribunal administratif
TGI : Tribunal de grande instance
V. : Voir
ZAC : Zone d'aménagement concerté

Sommaire

Introduction	6
Partie 1 – Un obstacle d’ordre substantiel à la preuve dans le procès environnemental	23
Titre 1 – Un obstacle tenant à l’incertitude scientifique empêchant la preuve dans le procès environnemental	23
Titre 2 – Les remèdes contre cet obstacle empêchant la preuve dans le procès environnemental	61
Partie 2 – Des obstacles d’ordre processuel à la preuve dans le procès environnemental	75
Titre 1 – Un obstacle constitué par la charge de la preuve pesant sur les parties	75
Titre 2 – Un obstacle tenant à l’ineffectivité de l’intervention du juge dans la réunion des preuves par le recours aux mesures d’instruction	93
Conclusion	109
Annexes	112
Bibliographie	115
Table des matières	120

Introduction

« Ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet de soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est en commun. »

ARISTOTE, *Politique*, Livre II

Un enjeu incontournable. Quoi de plus commun que l'environnement dans lequel on vit ? Initialement rattachée à une réflexion portant sur la propriété, l'affirmation d'Aristote se voit dotée d'un sens nouveau lorsqu'elle est associée à la protection de l'environnement. Au vu de la situation contemporaine, il semblerait que l'homme ait effectivement tendance à ne pas prendre soin de ce bien commun, alors même qu'il s'agit d'une véritable nécessité.

Définir la notion « prouver ». Issu du verbe latin *probare* qui signifie vérifier ou approuver, « prouver » consiste à faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain, au moyen de preuves¹. Etymologiquement, « prouver » renvoie aussi à l'idée de mettre à l'épreuve, ce qui rappelle la violence à laquelle ce verbe a pu être rattaché dans l'histoire du droit de la preuve². A priori, un lien étroit est donc établi entre ce qui est prouvé et ce qui est vrai³. Il s'agit là d'une définition générale qui s'applique aussi bien à la preuve scientifique qu'à la preuve juridique. Toutefois, la preuve juridique est une notion polysémique et renvoie à différents objets. Le même terme est ainsi utilisé pour désigner un processus, un moyen et un résultat⁴. Il s'agit d'une spécificité française car la langue anglaise distingue le terme *d'evidence* - qui renvoie aux éléments de preuve présentés dans le procès - de *proof*, qui correspond au résultat atteint lorsque la preuve est établie. Cette ambivalence est sans doute une première source de difficulté dans la détermination des contours de la notion⁵. Dès lors, si certains caractérisent la preuve comme la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte,

¹ A. REY ET J. REY-DEBOVE (dir), « Prouver », in *Dictionnaire Le petit Robert de la langue française*, 2022, p. 2056

² JF. CESARO, « Avant-propos », in COUR DE CASSATION, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2012 de la Cour de cassation, p. 87

³ A. REY ET J. REY-DEBOVE (dir), « Preuve », *op.cit.*, p. 2018

⁴ La preuve s'apparente parfois à une opération consistant à faire la preuve. Mais la preuve est aussi employée comme moyen, celui qu'une partie au procès met en œuvre lorsqu'elle apporte une preuve. Enfin, la preuve désigne le résultat atteint lorsque le juge considère un fait comme un étant prouvé. E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 5

⁵ En réalité, ces hésitations terminologiques semblent pouvoir être dépassées en pratique par le contexte d'utilisation du mot.

dans les formes admises ou requises par la loi⁶, d'autres considèrent que la preuve en justice se rapporte aux opérations qui permettent d'emporter la conviction du juge ou des jurés sur les faits disputés par les parties et d'autres encore utilisent la preuve pour désigner les opérations menées à l'occasion d'un procès pour déterminer la vérité des faits disputés par les parties. En réalité, ces aspects coexistent et la définition de la preuve suppose probablement la confrontation de l'ensemble de ces définitions. Dès lors, prouver conduit à démontrer l'existence d'un acte ou d'un fait passé, susceptible de produire des effets juridiques, ou à établir la réalité d'une situation de fait, à laquelle des conséquences de droit sont attachées. En ce sens, la preuve repose en principe sur un fait passé. Or dans le contentieux relatif à l'environnement, un chevauchement de temporalités bouscule la définition classique de la preuve : en effet, il s'agit certes de prouver des faits passés et connus, mais un enjeu indéniable concerne la postérité de ces faits, liés à des événements « futurs ». Le verbe prouver est un verbe d'action et permet d'exprimer l'idée d'un défi : celui dans lequel les parties au procès environnemental sont plongées. Le dynamisme induit par la notion « prouver » permettra de dévoiler les obstacles probatoires qui jalonnent le procès environnemental.

Délimiter le « procès ». Le terme « procès » vient du latin *procedere*, qui se rapporte à l'idée d'aller de l'avant, marcher. Juridiquement, le procès s'apparente au litige soumis à un tribunal. Il s'agit d'une contestation pendante devant une juridiction⁷. La finalité du procès, en tant que voie d'achèvement du litige, témoigne de cette idée de processus. L'origine terminologique du terme renseigne peu sur la différence entre procédure et procès et les études qui portent sur la notion de procès en tant que telles sont rares. Selon Hervé Croze, « le malaise vient peut-être de ce que la notion serait plus sociologique que juridique »⁸. Ainsi, instance, procès et litige sont souvent confondus⁹. Le procès est en réalité une notion autonome qui recouvre à la fois l'instance et le litige et qui se caractérise par le respect procédural des garanties fondamentales du procès équitable.

⁶ G. CORNU (dir.), « Preuve », in *Vocabulaire juridique*, 13e édition, PUF, Quadrige, Paris, 2020, p. 795

⁷ G. CORNU (dir.), « Procès », *ibidem*, p. 406

⁸ H. CROZE, *Le Procès civil*, Paris, Dalloz, 1996, cité dans L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 1081

⁹ En réalité, l'on pourrait considérer que si l'instance correspond à la forme du procès, le litige en est sa matière. S. AMRANI-MEKKI « Procès », in L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 1083

La diversité des éléments constitutifs du procès. Le procès suppose l'intervention d'un tiers, que ce dernier soit juge étatique ou privé. Selon Serge Guinchard, le procès repose sur trois composantes à savoir un élément d'altérité qui correspond à une contestation entre plusieurs parties, un élément d'autorité représenté par l'intervention du juge, et un élément de pouvoir correspondant à la possibilité de procéder à l'exécution forcée de la décision du juge. La procédure est donc mise de côté. Pourtant, selon Soraya Amrani-Mekki, elle est consubstantielle au procès, comme en témoigne leur étymologie commune. D'autres auteurs comme Denis Salas, ajoutent un quatrième élément de définition qui serait l'intervention du droit¹⁰ pour trancher le litige. Les modes alternatifs de règlement des litiges sont a priori exclus du domaine du procès¹¹ au vu des critères précédemment retenus¹².

Une nature juridique complexe. Le procès est tantôt qualifié de contrat, de relation, de situation juridique, voire d'institution. La notion recouvre en réalité tant les liens créés entre les parties et le juge, que la substance du procès et sa finalité. Selon une définition fonctionnelle du procès, nous retiendrons la définition selon laquelle il s'agit d'une procédure visant à mettre fin à un litige par application de la règle de droit. Le procès est donc un mécanisme permettant d'établir un fait ou un droit contesté, marquant alors la place fondamentale de la preuve dans ce processus, en particulier dans le procès environnemental.

Caractériser « l'environnement ». L'environnement est dérivé de « *viron* », un terme du XIV^e siècle qui se rattache à l'idée de contour, d'environ.

Une évolution terminologique révélatrice. D'un point de vue linguistique, il peut être défini comme le contexte immédiat d'un objet. En effet, selon une première conception, l'environnement correspond à l'environnement immédiat de l'homme. Ce premier sens va progressivement évoluer à compter de la Seconde Guerre mondiale et surtout autour des années 1960, en intégrant sa signification anglaise. L'environnement renvoie alors à l'ensemble de conditions naturelles, physiques, chimiques, biologiques et culturelles dans lesquelles les

¹⁰ La règle de droit n'est pas nécessairement appliquée puisque le juge a la possibilité de statuer en amiable compositeur (article 12 du CPC). Il faut donc retenir une appréciation large du « droit » pour y inclure l'équité.

¹¹ Pour autant, le procès est bien une notion large et peut par exemple concerner les procédures conduites devant les autorités administratives indépendantes, qui sont soumises aux garanties du procès équitable. Pragmatiquement, nous nous limiterons à une étude du procès étatique.

¹² S'ils respectent bien une procédure et des garanties fondamentales, l'intervention d'un tiers légitime et autoritaire fait défaut puisque sa décision n'est pas obligatoire.

organismes vivants – en particulier l'être humain – se développent. Il se voit confondu avec d'autres notions telles que celles d'habitat, de milieu, mais aussi d'écologie. Dans cette seconde conception, environnement et écologie sont étroitement liés. L'homme est pensé comme partie intégrante d'un ensemble qu'est l'environnement. Toutefois, une vision anthropocentrique¹³ de la biodiversité prédomine¹⁴. L'environnement est appréhendé dans une perspective de préservation, pour les générations futures¹⁵. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement confirme cette acception « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. » Progressivement, l'écologie laisse place à la notion extensive de « développement durable » qui permet davantage une conciliation entre le développement économique, le progrès social et la protection de l'environnement. D'une politique de conservation de l'environnement, l'évolution terminologique implique de basculer vers une politique de gestion¹⁶.

Une définition scientifique globale. Scientifiquement, l'environnement n'est pas un objet unique. Il ne s'agit pas d'un bloc stable et homogène. L'environnement est composé de différents éléments naturels mêlés d'interactions et communiquant par le biais de leurs fonctions. Dans cette perspective globale, la modification d'un seul des éléments aura une multiplicité de conséquences. Cette dernière précision est fondamentale.

L'insaisissabilité du droit de l'environnement¹⁷. Le droit de l'environnement émerge dès les années 1970 et est sacralisé par l'entrée de la Charte de l'environnement dans la Constitution,

¹³ Définie comme une vision « qui fait de l'homme le centre du monde, et du bien de l'humanité la cause finale de toutes choses » in A. REY et J. REY-DEBOVE (dir), « Anthropocentrique », *op.cit.*, p. 103

¹⁴ V. le deuxième principe de la Déclaration de Stockholm de juin 1972 « Les ressources naturelles du globe (...) doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir » ; V. le premier principe de la Déclaration de Rio de juin 1992 « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. »

¹⁵ Un parallèle peut alors être établi avec l'idée d'un sacrifice des générations antérieures au profit de leur successeur avancée par EMMANUEL KANT dans son *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* (1784). Dans sa troisième proposition, l'auteur écrivait « Il reste en tout cas ici quelque chose d'étrange : les générations antérieures ne semblent s'être livrées à leur pénible besogne que pour le profit des générations ultérieures (...) ; et seules les plus tardives auront le bonheur d'habiter le bâtiment auquel la longue série de leurs prédécesseurs (certes sans en avoir le dessein) a travaillé. » S'il y a bien un lien étroit entre l'activité des générations antérieures sur la planète et les générations postérieures qui y vivront, l'on peut sans doute s'interroger sur l'amélioration que les précédentes ont pu façonner.

¹⁶ Exprimée davantage par le terme de « développement » durable.

¹⁷ « Il ne se conçoit mieux qu'il ne se définit », E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2e édition, Lexis Nexis, Objectif Droit, 2014, p. 3

le 1^{er} mars 2005. Alors qu'il était à l'origine un droit sectoriel relevant principalement de polices administratives, il tend aujourd'hui vers un droit économique de l'environnement qui transcende les distinctions juridiques classiques. Le droit de l'environnement n'est pas autonome et en ce sens, il n'est pas une branche du droit. Il est une matière transversale¹⁸, qui dépasse les distinctions classiques du droit : intérêt particulier/intérêt général, droit public/droit privé. Cette insaisissabilité du droit de l'environnement justifie que l'on s'intéresse au « procès environnemental ».

Concevoir le procès environnemental. Celui-ci n'est pas une catégorie spéciale de procès prévue par le droit positif. La notion de « procès environnemental » dépasse le cadre du procès portant *sur* l'environnement¹⁹. Elle désigne la manière dont les litiges environnementaux peuvent participer à l'effectivité du droit de l'environnement et donc à la protection de l'environnement. Le procès environnemental est donc fondamentalement un procès *pour* l'environnement²⁰. Paradoxalement, alors qu'un mouvement de déjudiciarisation de certains contentieux se dessine²¹, une judiciarisation du contentieux environnemental se développe²². Cette dynamique interroge. Quelles en sont les causes et conséquences ? Le procès environnemental est-il adapté à ses finalités²³? Aujourd'hui, le procès se voit investi des attentes environnementales des citoyens. Il devient mobilisé au service d'un « justice de l'écologie ».

¹⁸ « Les pollutions ignorent les distinctions juridiques. Il n'y a pas, pour ceux qui en sont les victimes, des pollutions de droit public et des pollutions de droit privé ; il y a des pollutions tout court, dont les effets nocifs sont identiques, quelle que soit la qualité de ceux qui les produisent », J. RIVERO, préface à la thèse de F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique des nuisances*, LGDJ, 1981, p. VII

¹⁹ Au sens de procès qui mobilise des règles relatives à la protection de l'environnement.

²⁰ M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, « A la recherche du procès environnemental », p. 10, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

²¹ En faveur du développement des modes alternatifs de règlement des différends

²² Dans le même temps, la loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a créé un mécanisme à l'article 41-1-3 du CPP pour les délits prévus par le code de l'environnement et infractions connexes. Ainsi, l'évolution du contentieux environnemental se fera sans doute via une association des deux ressources.

²³ Si ce dernier venait à échouer, notamment face aux difficultés probatoires, les parties seront sans doute poussées à adopter des techniques de contournement en choisissant de recourir à des modes alternatifs. « A l'avenir, les parties pourraient voir dans le processus de médiation, mais aussi dans la conciliation ou la transaction, les moyens d'apaiser un conflit miné par le débat scientifique ». M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Quelle place pour le « risque de la preuve » en droit de l'environnement ?*, p. 104 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Thèmes et commentaires, actes du colloque du 29 novembre 2013 à la Cour de cassation organisé par l'Institut de recherche pour un droit attractif (IRDA), Université Paris 13-Sorbonne Paris Cité et le Centre de recherche sur la justice et le procès (CRJP), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2015

Les juges administratif, pénal et civil sont particulièrement sollicités²⁴. Les litiges liés à l'environnement dépassent les distinctions classiques entre les contentieux²⁵. Il s'agit donc d'un contentieux massif qu'il conviendra ici, pragmatiquement, de réduire. Nous conserverons néanmoins une approche pluri-contentieuse afin de souligner les mouvements communs qui se jouent à l'échelle nationale devant les trois juges précédemment cités. L'idée est ainsi celle d'un effort de synthèse permettant de démontrer les intérêts et les défauts communs relatifs à ces trois contentieux. L'office du juge représente un enjeu majeur du procès environnemental. Plus précisément, nous nous intéresserons à son office probatoire car nombreuses sont les difficultés juridiques qui en découlent. Il existe très peu de droit spécial de la preuve en matière environnementale, le Code de l'environnement opérant majoritairement par renvois au droit commun²⁶. Ainsi, malgré la spécificité des atteintes à l'environnement, les remèdes sont ceux du droit commun de la preuve.

Des enjeux multiples. « *Idem est non esse et non probari* »²⁷, affirment les juristes de l'ancien droit. Cette maxime montre le caractère fondamental de la question de preuve en droit. Si le droit substantiel existe indépendamment de la preuve, toute prétention juridique doit être justifiée pour pouvoir être consacrée. Il y aurait donc une équivalence entre l'absence de preuve et l'absence de droit. Cette conception s'applique non seulement au procès, mais également aux règles de droit : une partie ne pourrait prétendre aux bénéfices d'une règle de droit si elle n'avait pas au préalable prouvé les éléments relatifs au présumé de cette même règle²⁸. Ainsi, celui qui dispose d'un droit mais ne parvient pas à le prouver, ne peut s'en prévaloir que tant que ce droit n'est pas contesté²⁹. Il y a donc bien une opération factuelle, cruciale dans le contentieux environnemental, qui consiste à établir des faits pour dans un second temps seulement en déduire des effets juridiques.

²⁴ S. BOURGES, « Les stratégies des ONG : Retour d'expérience de France Nature environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET ET E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

²⁵ Cette transgression s'opère au sein des différents contentieux nationaux, mais dépasse aussi le contentieux national. Par leur nature et les enjeux qu'elles soulèvent, les problématiques environnementales sont internationales et se retrouvent alors nécessairement dans le contentieux européen, mais aussi international.

²⁶ A. AYNES, « La preuve et le droit de l'environnement », in M. MEKKI (dir) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, Droit et développement durable, Bruxelles, 2016

²⁷ Ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un.

²⁸ X. LAGARDE « Preuve », in L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 1033

²⁹ E. TREUIL *La preuve en droit de l'environnement*, Thèse, 2002, p.1

Prouver, une opération naturellement rationnelle. Il semble donc rationnel de se tourner vers des procédés dont la fiabilité est scientifiquement acquise pour permettre cette manifestation de la vérité factuelle. Comme l'observe Xavier Lagarde³⁰, la règle de droit a d'autant plus de chances d'être appliquée justement que les juristes exploiteront les méthodes les plus efficaces en fonction des savoirs disponibles. A défaut, cela impliquerait probablement de s'appuyer sur des méthodes dépassées, voire primitives, se caractérisant par leur nature aléatoire. La preuve ne serait alors plus une démonstration, mais une véritable épreuve³¹, telle que les ordalies étaient conçues sous l'Ancien droit. Néanmoins, la preuve des faits n'est pas qu'une question scientifique. Contrairement à la preuve scientifique³², la preuve juridique se conçoit dans un cadre conflictuel. Elle doit s'accomplir malgré d'éventuelles incertitudes. De plus, la preuve juridique n'a pas pour finalité de démontrer la réalité d'une proposition neutre puisqu'elle vise en un temps réduit à convaincre un juge de faire prévaloir une proposition par nature contestée. C'est alors que l'incertitude scientifique et la preuve juridique se rejoignent puisque si une thèse scientifique neutre³³ n'a pas vocation à se juridiciser, une proposition scientifique controversée tendrait logiquement à devenir une question juridique. Pour autant, une demande sociale³⁴ exige du juge qu'il mette un terme au litige malgré la question – par nature - controversée qui lui est soumise. En fonction du contexte socio-culturel et du contentieux envisagé, le système de preuve privilégiera la demande de vérité, ou la paix sociale³⁵. Mais que faire lorsque cette vérité n'est pas accessible ? Autrement dit, qui le juge devrait-il favoriser lorsque la lumière sur les faits n'est pas possible ? En droit, la réponse est la suivante : le juge doit trancher contre celui qui avait la charge de la preuve. Celui qui succombe est en principe celui qui a failli à cette charge procédurale qui lui incombait. Il s'agit donc bien d'une réflexion qui s'insère dans un système de preuve fondé sur la certitude. Puisque des preuves incontestables sont exigées, le juge doit trouver une règle certaine, qui légitime ainsi l'issue du procès. Cependant, grâce à l'influence de la Cour européenne des droits de

³⁰ X. LAGARDE *op.cit.*, p. 1033

³¹ Pour autant, « l'épreuve » au sens d'expérience impliquant un résultat aléatoire, demeure car nombreuses sont les affaires dans lesquelles les parties échouent face au manque de preuve.

³² Le scientifique quant à lui n'est a priori pas sommé de trancher l'incertitude en cause, pas plus qu'il n'est soumis à une exigence de respect d'un délai raisonnable.

³³ Comme celle visant à établir que la Terre tourne autour du Soleil par exemple.

³⁴ X. LAGARDE, *op.cit.*, p. 1034

³⁵ Si dans un procès où se jouent principalement des intérêts privés, l'on peut concevoir que le juge privilégie la satisfaction de la demande de paix sociale, plutôt que celle de vérité, ceci est nettement moins concevable dans un procès pénal

l'homme (CEDH) le principe de l'égalité des armes a été consacré³⁶. Chaque partie doit ainsi avoir une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire³⁷. Dans la recherche et dans la production de la preuve, les droits fondamentaux doivent être préservés. La difficulté réside donc dans la définition d'un équilibre entre tous ces éléments.

Une évolution permanente du droit de la preuve. L'histoire du droit de la preuve est liée à celle des juridictions et des procédures et n'a donc pas connu d'évolution linéaire. Le droit français a connu trois grands systèmes de preuve³⁸ : la preuve dite surnaturelle, la preuve réglementée puis la preuve libre. Nous n'explicitons pas davantage ces distinctions, sauf pour souligner que la spécificité de la période contemporaine se trouve probablement dans les liens indissociables dressés entre l'incertitude scientifique et la preuve dans le contentieux relatif à l'environnement. Dès les années 2000, Guy Canivet se demandait si le droit des preuves n'était pas « le lieu de l'archaïsme, par rapport au progrès des sciences et des techniques », ce qui interroge la compatibilité des deux domaines³⁹.

Un contexte contemporain d'extrême urgence. S'agissant des spécificités de la période contemporaine, il convient de revenir sur des données essentielles et désormais connues⁴⁰ via les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) notamment. Ces derniers lancent une alerte dans le deuxième volet de leur rapport d'évaluation de février 2022⁴¹ : les effets du réchauffement climatique sont désormais généralisés et souvent, irréversibles. La gravité des enjeux environnementaux semble

³⁶ Comme l'explique Xavier Lagarde, du fait des exigences de la CEDH, l'arbitrage entre droits fondamentaux et recherche de la vérité est de moins en moins caractéristique d'une spécificité culturelle des différents systèmes de preuve dans les Etats qui choisissent de consacrer ces droits fondamentaux. X. LAGARDE *op.cit.*, p. 1033

³⁷ Civ, 2^e, 27 septembre 2012, 11-16.361

³⁸ J.P. LEVY, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits*, n°23, 1996, p. 3 -11, cité dans E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 43

³⁹ G. CANIVET, « Introduction », in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, Documentation française, 2000, p. 10

⁴⁰ V. « Le Manifeste des 15 000 », publié dans la revue *BioSciences*, le 13 novembre 2017. Ces 15 000 scientifiques de 184 pays signent un appel contre la dégradation de l'environnement, en fondant leur analyse sur neuf indicateurs mondiaux.

⁴¹ Deuxième volet du sixième rapport du GIEC rendu le 28 février 2022 : https://ambafrance.org/IMG/pdf/resume_pour_decideurs_du_volume_2_du_6e_rapport_d_evaluation_du_giec.pdf

unanimement reconnue⁴². Les conséquences des phénomènes observés sont toujours plus démesurées⁴³, dans un monde toujours plus chaud⁴⁴. L'instance onusienne tire le signal d'alarme : l'humanité et la nature sont en péril, et ce, chaque jour davantage. Ces effets, qui affectent déjà les vies de milliards d'humains, vont s'accélérer quel que soit le rythme de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES). Les sociétés seront particulièrement frappées : les menaces se démultiplient sur la production alimentaire, l'approvisionnement en eau, la santé, les infrastructures côtières, les économiques, la survie du monde naturel⁴⁵.

Des enjeux environnementaux volontairement négligés. La connaissance des enjeux environnementaux n'est pas nouvelle. Pour ne prendre qu'une illustration, dès 1810, l'Empire napoléonien introduisait une loi sur les industries polluantes, dont le principe s'est imposé sur le long terme. Le schéma repose sur l'idée suivante : c'est aux populations de s'acclimater aux industries, à leurs risques et à leurs pollutions et ce, au nom de l'utilité publique puisque l'industrialisation est assimilée au bien général⁴⁶. Plutôt qu'interdire un produit dangereux, on préfère définir des seuils d'acceptabilité, prouvant par la même occasion le caractère néfaste du produit envisagé. Telle est l'une des difficultés fondamentales de l'effectivité du procès environnemental : la réunion d'intérêts contraires⁴⁷.

⁴² Pour autant, il demeure certains auteurs « climatosceptiques ». V. par exemple H. ATLAN, « La religion de la catastrophe », *Le Monde*, Tribune publiée le 27 mars 2010 : « Cette croyance, reprise et amplifiée par des œuvres et des discours à grand retentissement médiatique, a pris la forme dans une grande partie de l'opinion publique mondiale d'un dogme et d'une religion du "sauvez la planète", alors que celle-ci, qui en a vu bien d'autres, n'est pas en danger. Certes des glaces polaires fondent, certes des glaciers reculent après avoir avancé, (...) [mais] des changements du même ordre se sont produits dans le passé. Même si la température moyenne augmente dans les décennies à venir, si tant est qu'il s'agit là d'une variable pertinente, il est loin d'être certain que la réduction de production de CO₂ soit une mesure efficace pour prévenir ce réchauffement global éventuel. (...) ».

⁴³ Le nouveau rapport rédigé par 270 scientifiques du monde entier est bien plus alarmant que le précédent, datant de 2014.

⁴⁴ Désormais, « du sommet des montagnes aux profondeurs des océans, des villes les plus peuplées aux zones isolées, toute la vie sur Terre est devenue vulnérable au réchauffement, et en particulier aux événements extrêmes – vagues de chaleur, sécheresses, inondations ou incendies – dont la fréquence et l'intensité augmentent ». A. GARRIC « Climat : le GIEC s'alarme des conséquences vertigineuses d'un monde toujours plus chaud », *Le Monde*, publié le 28 février 2022

⁴⁵ A. GARRIC, *ibidem*.

⁴⁶ T. LE ROUX, « Incendie à Rouen : « La régulation des risques et des pollutions protège avant tout l'industrie » Tribune publiée *Le Monde* le 1^{er} octobre 2019

⁴⁷ L. FONBAUSTIER, « L'efficacité de la police administrative en matière environnementale », p. 122, in O. BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, mise en œuvre et sanctions*, Actes du colloque du 15 octobre 2009 organisé par le CRJ de Pothier de l'Université d'Orléans, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2010.

La relativité des connaissances scientifiques. Le constat suivant cependant est quant à lui relativement nouveau : alors même que la somme des connaissances scientifiques tend à s'accroître, cette évolution s'accompagne paradoxalement d'une diminution objective du savoir sur ce sujet. Comme l'explique Jean-Pierre Dupuy, « ce n'est pas le manque de savoir qui est la situation inédite, mais l'incapacité de penser et d'imaginer les conséquences et les implications de nos actions »⁴⁸. En effet, mêmes limitées, les découvertes scientifiques relatives à l'environnement ne sont pas véritablement prises en compte par les décideurs politiques qui ne semblent pas prendre la mesure de la nécessité absolue d'une protection de la Nature. Or, les enjeux environnementaux relèvent avant tout d'un défi politique⁴⁹.

Une représentation cognitive relative de la menace. La peur des bouleversements environnementaux se distingue en deux niveaux de représentation. D'une part, il y a la peur causée directement par la menace, d'autre part celle causée indirectement par le « mal menaçant ». Intellectuellement cette distinction est importante car la conscience du danger passe nécessairement par la médiation d'une représentation, alors que la présence effective du danger est immédiate et indiscutable. C'est la représentation du danger qui produit le sentiment de peur, et nos évaluations spontanées des menaces effectives sont souvent inexactes⁵⁰. En sachant que la menace la plus redoutable n'est pas forcément la plus directement perceptible et que l'urgence environnementale est par nature lointaine, il semble donc logique que la situation politique stagne. Si certains ont pris la mesure du danger, puisqu'ils se le sont représenté, d'autres préfèrent l'ignorer. Comment permettre une amélioration significative de l'effectivité du procès environnemental, si au préalable, les preuves du changement climatique ne sont pas pleinement perçues et craintes ?

La mobilisation massive du droit. Face à l'inaction des pouvoirs politiques, les justiciables sont conduits toujours davantage à investir les prétoires⁵¹ de ces demandes de reconnaissance des préjudices environnementaux. Cette judiciarisation de la cause environnementale s'observe

⁴⁸ JP. DUPUY, « Penser les événements extrêmes », *Responsabilité & Environnement*, n° 57, janvier 2010, pp. 10-15.

⁴⁹ Et ce d'autant plus que les enjeux environnementaux soulèvent des questions de souveraineté étatique et de relations internationales au vu de la globalité des enjeux en cause.

⁵⁰ B. SEVE, « La peur comme procédé heuristique et comme instrument de persuasion », in G. HOTTOIS, *Aux fondements d'une éthique contemporaine*, Paris, 1993, p. 107

⁵¹ L. CADIET, « Préface » p. 3, M. HAUTEREAU-BOUTONNET et È. TRUILHE (dir), *Le procès environnemental, du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2021.

mondialement, en particulier au nom de la cause climatique. Mais, comme l'affirme Loïc Cadiet, « l'arbre de la justice climatique, placé au premier plan de l'actualité, ne doit pas cacher la forêt profonde de la justice environnementale »⁵². En effet, les procès les plus médiatisés et connus comme celui de « l'Érika » en France, « Probo Koala » en Côte d'Ivoire, ou encore « Exxon » aux États-Unis, ne sont que la face visible de la multiplicité des litiges environnementaux qui se tiennent quotidiennement devant l'ensemble des juridictions⁵³.

Questionner la pertinence du procès environnemental. Pour autant, le procès est-il vraiment le moyen le plus pertinent pour faire avancer ces causes ? Les avis divergent. Selon l'ancien ministre de la Transition écologique et solidaire, François de Rugy, régulièrement interrogé sur l'Affaire du siècle⁵⁴ : « Ce n'est pas dans un tribunal que l'on fait baisser les GES ». Sans doute. Mais face à lui, d'autres insistent sur le contexte d'urgence absolue. « Que faire [d'autre] quand les échelles internationales et chacun des Etats, à son échelle interne, se sont montrés impuissants ou insuffisamment volontaires et que l'urgence s'impose ? »⁵⁵, ou encore, « Le droit de l'environnement pour les associations, a pour objectif d'assurer la protection de l'environnement. C'est donc logiquement en s'adressant au juge que les ONG peuvent espérer protéger l'environnement »⁵⁶.

Les carences du droit dans la protection de l'environnement. Le constat de la mobilisation de la justice va de pair avec celui d'une certaine impuissance du droit à apporter une réponse adaptée. Diverses difficultés coexistent. Elles concernent le droit d'action, l'accès au juge, l'efficacité de la décision, ou encore la répartition des compétences entre les juges. Les questions probatoires constituent l'une des problématiques centrales, et ce à divers niveaux. En premier lieu, les plaideurs se trouvent dans l'incapacité d'établir la preuve des atteintes à l'environnement qu'ils invoquent et dont ils sont victimes. En conséquence, les obstacles de

⁵² L. CADJET, Préface, p. 3, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et È. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental, du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2021,

⁵³ E. TRUILHE « Les procès fictifs en matière environnementale : faux procès, vrais effets ? » *Energie, environnement, infrastructures* n°4, avril 2019, dossier 13 §36

⁵⁴ Quatre associations de protection de l'environnement (Notre affaire à tous, Greenpeace, Fondation pour la Nature et pour l'Homme et OXFAM France) ont assigné l'État français en justice devant le Tribunal administratif de Paris le 14 mars 2019 pour inaction face aux changements climatiques.

⁵⁵ J. ROCHFELD, *Justice pour le climat, Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob 2019 p. 32

⁵⁶ B. BUSSON, « Le droit d'obtenir justice en matière d'environnement : le point de vue des associations », p. 297, in J. BETAÏLLE (dir.) *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement organisé à l'Université Toulouse 1 Capitole en 2015, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

preuve rendent impossible la reconnaissance des droits invoqués. S’instaure alors un cercle vicieux dans lequel les difficultés probatoires empêchent la reconnaissance des droits lésés. Le mécanisme jurisprudentiel se fige. In fine, la preuve devient toujours plus délicate à apporter car peu de décisions permettent de dépasser ces difficultés.

Un défaut confirmé par l’existence des procès fictifs. A l’heure actuelle, il semble que le droit se montre particulièrement défaillant, à tel point que les justiciables créent des procès fictifs⁵⁷, précisément pour pallier ces lacunes. A la Haye, en 2016, s’est ainsi tenu un procès fictif particulièrement médiatisé contre la société Monsanto⁵⁸ - entreprise américaine spécialisée dans la chimie et biotechnologie pour le secteur agricole – pour crimes contre l’humanité, violations des droits humains et écocide. Le tribunal de Monsanto visait à sensibiliser le public à la lutte contre l’usage intensif des pesticides⁵⁹. Ces procès fictifs peuvent être vus comme « des manifestations criantes d’une volonté de s’affranchir de règles processuelles trop strictes »⁶⁰. Les questions probatoires étaient au cœur de ce procès au regard des difficultés qu’elles présentent dans les procès réels. La responsabilisation de l’Etat d’une part, mais aussi des acteurs non étatiques, qu’il s’agisse des individus, des entreprises, ou des organisations internationales est donc devenue une question majeure des enjeux de justice sociale et environnementale.

La spécificité de la preuve dans le procès environnemental. Dans l’ensemble des trois contentieux étudiés, si l’on s’en tient à une approche générale, il n’y aurait pas de véritable spécificité. Que ce soit quant aux finalités recherchées, aux outils procéduraux utilisés, ou au juge sollicité, le droit commun semble s’appliquer. Cependant, les procédures menées dans le

⁵⁷ Désormais, nombreux sont les procès fictifs relatifs à l’environnement qui peuvent être cités : le procès symbolique contre Exxon tenu le 4 décembre 2015 à Montreuil ou encore le Tribunal international des droits de la nature organisé en décembre 2015. V. C. TRAÏNI, « Procès fictifs, dénonciation et fabrique du droit légitime, Le cas du tribunal international Monsanto », p. 185, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l’environnement au procès pour l’environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

⁵⁸ La société a publié une lettre ouverte le 4 octobre 2016 contre le « Tribunal Monsanto » et considère que « cela n’a rien d’un vrai débat. Il s’agit d’un évènement orchestré, une parodie de procès, où des dénigreur de la technologie en agriculture et de Monsanto jouent à la fois l’organisateur, le juge et le juge, et où l’issue est connue d’avance ».

⁵⁹ En réalité ces « dispositifs » de sensibilisation du public sont très nombreux et prennent des formes variées. Récemment, on peut notamment citer le film *Goliath*, réalisé par Frédéric Tellier en 2022 qui retrace et s’inspire des affaires relatives à des pesticides commercialisés par Monsanto.

⁶⁰ E. TRUILHE « Les procès fictifs en matière environnementale : faux procès, vrais effets ? » *Energie, environnement, infrastructures* n°4, avril 2019, dossier 13 §36

cadre des litiges environnementaux prennent souvent une « coloration particulière », en raison des défis spécifiques qu'elles soulèvent. Par exemple, si dans le contentieux civil, l'action en responsabilité tendra bien vers une réparation, que s'agit-il de réparer⁶¹? Entre réparer les dommages causés à une personne ou à un bien, et réparer l'environnement, le défi est de taille. C'est donc bien dans cette adaptation aux enjeux en cause que le procès environnemental révèle toute sa spécificité⁶². Cette adaptation est cruciale car plus l'exigence probatoire est élevée, plus l'accès à la justice devient illusoire pour les victimes.

L'intérêt de l'étude de l'environnement pour la preuve. Les questions environnementales contemporaines se caractérisent par leur incertitude scientifique. Le discours scientifique a été l'une des forces créatrices du droit de la preuve⁶³ et les sciences sont devenues l'objet même du procès. Ce dernier devient donc le domaine de l'incertitude scientifique et du risque. Cependant, la recherche de la vérité scientifique a lieu dans un contexte d'oppositions d'intérêts, de modèles, de méthodes. Ces hésitations s'accommodent mal a priori des exigences probatoires substantielles et processuelles, qui impliquent un niveau de certitude élevé⁶⁴. Du fait de cette confrontation, une adaptation de la preuve aux caractéristiques de la science semble souhaitable.

L'intérêt de la preuve juridique pour l'environnement. Au-delà de l'investissement des prétoires par les questions environnementales, la technique juridique se trouve étroitement associée aux enjeux environnementaux. Ainsi, il sera pertinent de s'intéresser à la manière dont les règles procédurales relatives à la preuve, notamment la charge de la preuve, peuvent conduire à un infléchissement des exigences des règles de fond si l'on choisit de les adapter aux

⁶¹ M. LAMOUREUX, « Les objectifs du procès environnemental devant le juge civil français », p. 32, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

⁶² Cette question est souvent rattachée à celle de la potentielle nécessité de créer des juridictions spécialisées à ce contentieux spécifique. Cette interrogation divise : Gilles J. Martin considère ainsi que la complexité et la technicité de l'environnement ne sont pas nécessairement plus importants que dans d'autres domaines tels que le droit de l'informatique, le droit fiscal, ou encore le droit des brevets. Bien évidemment, l'auteur reconnaît que « cet argument peut être discuté à l'infini ». En outre, la question de la spécialisation entraîne des réflexions quant à l'administration de la justice, l'organisation des services de justice, l'accès à la justice etc. V. G. J. Martin, « Propos conclusifs », p. 204, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

⁶³ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 9

⁶⁴ Par exemple, dans le cadre d'une causalité certaine cela supposerait de la science qu'elle puisse objectiver les risques et de répartir avec certitude des phénomènes causaux.

situations en cause. C'est donc sans doute par l'accroissement du nombre de procès relatifs à l'environnement et par la résolution des problématiques substantielles et processuelles que les règles relatives à la preuve pourront à leur tour évoluer.

L'insuffisance des recherches juridiques sur la preuve. Les études relatives à la preuve en tant que telle ne sont pas anciennes. Elle est pourtant un enjeu pourtant fondamental pour les praticiens. Nous l'avons vu, sa définition n'est pas univoque, ce qui est indéniablement une première difficulté. De plus, elle recouvre un champ d'étude particulièrement transversal. La preuve intéresse le droit substantiel, mais également le droit processuel⁶⁵. Par ailleurs, de nombreux principes relatifs au droit de la preuve ont une origine jurisprudentielle comme le droit à la preuve ou encore le principe de loyauté de la preuve. La matière est donc volumineuse et se retrouve dispersée entre des sources diverses. Il n'existe pas de loi ou de Code qui rassemblerait les principales règles de la matière et les manuels français consacrés exclusivement à la question de la preuve selon une approche transversale sont rares. Si certains auteurs, proposent d'articuler le droit de la preuve autour d'une théorie générale de la preuve et d'un droit des preuves spéciales⁶⁶ afin d'étudier un ensemble cohérent de règles sans exclure leurs spécificités, la présentation la plus commune est sans doute celle fondée sur la distinction entre la charge, l'objet et les modes de preuves⁶⁷. Elle présente l'inconvénient de placer le débat en dehors du procès, or « c'est dans le procès que ces éléments prennent vie »⁶⁸. Même si le droit de la preuve résulte de traditions différentes dans chacune des disciplines, la preuve présente visiblement la même structure en matière civile, pénale ou administrative, ce qui nous permettra de retenir cette approche transversale.

L'absence de recherches juridiques sur la preuve dans le procès environnemental. En l'état actuel des recherches juridiques, la preuve dans le procès environnemental n'a pas fait

⁶⁵ En matière civile, la théorie de la preuve est tributaire de la présentation qu'en fait le Code civil, tandis qu'en matière pénale, les règles de preuve sont assimilées à des règles de procédure au sein du Code de procédure pénale. Dans le Code de justice administrative, la preuve n'est abordée que dans la partie relative à l'instruction et la matière administrative emprunte certaines de ses règles de preuve directement au droit civil. Il existe donc une adaptation jurisprudentielle de principes préexistants.

⁶⁶ E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 1

⁶⁷ En ce qu'elle est dérivée d'une conception civiliste, cette distinction tripartite est parfois critiquée comme parcellaire.

⁶⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal, et administratif) », p.113 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

l'objet d'étude systématisée⁶⁹ et approfondie. Elle est ignorée des ouvrages de droit de l'environnement, et n'est pas abordée dans leurs index⁷⁰. L'on pourra toutefois citer la thèse écrite par Emmanuel Treuil, *La preuve en droit de l'environnement*⁷¹. Dès le début des années 2000, son auteur faisait le constat d'une preuve limitée en tant qu'instrument juridique de connaissance de la Nature et insistait sur ses difficultés de fond. On notera que cette étude s'insère dans le cadre du droit de l'environnement et s'intéresse principalement à la preuve du lien de causalité dans le domaine des risques technologiques. Les difficultés probatoires sont abordées ainsi en tant qu'obstacle à la construction du droit de l'environnement. En l'espèce, nous nous intéresserons à ces difficultés comme obstacles à la réussite du procès environnemental. Vingt ans plus tard, le contentieux s'est développé par la judiciarisation de la cause environnementale et mérite que l'on s'y attarde.

Le constat d'un intérêt progressif pour ce sujet. Puisque la formation et la sensibilisation des acteurs judiciaires aux problématiques environnementales sont essentielles, diverses initiatives voient le jour peu à peu. On pourra citer à titre illustratif⁷² la création en 2020 d'un diplôme universitaire en partenariat entre l'Ecole nationale de la magistrature, l'école de droit de la Sorbonne et la Cour de cassation qui s'adresse aux magistrats environnementalistes, aux avocats et aux étudiants, centré sur ces questions.

Une problématique bi-dimensionnelle. Pour permettre l'effectivité du procès pour l'environnement, force est de constater que le droit processuel occupe une place de choix en ce qu'il organise l'accès même à ce procès et favorise son efficacité. Mais le droit substantiel revêt un rôle tout aussi essentiel dans la quête d'un procès au service de la protection de l'environnement, en ce qu'il est « porteur des techniques processuelles »⁷³. Ces deux aspects

⁶⁹ Certaines études spécifiques ont été dédiées à la preuve à partir de sujets « sur mesure », propices à souligner ses défauts. V. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Quelle place pour le « risque de la preuve » en droit de l'environnement ?*, p. 86 in M. MEKKI, L. CADRET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

⁷⁰ A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 5e édition, PUF, Thémis droit, 2021 ; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 8e édition, Précis Dalloz, 2019 ; E. NAIM-GESBERT, *op. cit.*

⁷¹ E. TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse, M. REMOND-GOULLAUD (dir.), Paris 1, 2002

⁷² Par ailleurs, en 2020-2021, l'Ecole nationale de la magistrature s'est associée à un cycle de conférences, « Justice environnementale, le défi de l'effectivité » coorganisé avec la Cour de cassation, la faculté de Rennes, et la fondation Maison des sciences de l'homme.

⁷³ M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, « A la recherche du procès environnemental », p. 13, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

constituent donc des leviers à mettre en œuvre simultanément pour permettre d’appréhender au mieux les litiges environnementaux. De plus, par sa nature complexe, la preuve comporte également cette double dimension processuelle et substantielle⁷⁴. En croisant ces deux aspects, l’étude de la preuve environnementale conduit à renouveler ou du moins à s’interroger sur la nouvelle définition des règles régissant non seulement la preuve au fond, mais également les règles relatives à l’administration de la preuve au sens large. La preuve n’est pas un simple outil technique : elle est visible en creux derrière chaque étape du procès et influe sur l’effectivité des droits fondamentaux⁷⁵.

Une technique juridique au service d’une politique. En outre, il conviendra de s’intéresser à la manière dont les techniques probatoires sont utilisées et orientées en fonction de politiques précises. La preuve n’est pas un objet neutre. Les techniques probatoires traduisent une échelle de valeurs. Si en matière pénale, au nom de la présomption d’innocence, le doute profite à l’accusé, à qui le doute, ou l’incertitude scientifique bénéficient-ils en matière environnementale ?

Les défis soulevés par la preuve dans le procès environnemental. Les obstacles probatoires du procès environnemental sont nombreux et résultent notamment de la complexité des normes en jeu et de la dimension fondamentalement scientifique du sujet. Or, la question se pose de savoir dans quelle mesure le juge peut composer avec cette incertitude, s’il peut accepter toute incertitude, et si oui, sur quelles connaissances scientifiques il peut s’appuyer. Plus largement, quand peut-on considérer qu’il existe une incertitude ou une controverse scientifique ? Il s’agira donc de s’interroger sur la manière dont ces éléments freinent l’effectivité de ce type de procès et s’ils conduisent alors à une modification des pratiques. Au demeurant, puisque le droit de la preuve semble inadapté au procès environnemental, est-ce à dire qu’il faut nécessairement tout réformer ou au contraire, choisir la voie d’une adaptation des mécanismes actuels. En réalité, la réponse est probablement plurielle : sans doute faudrait-il privilégier des mécanismes transitoires à partir du droit positif pour à terme, envisager des réformes législatives plus profondes, en dehors du cadre judiciaire.

⁷⁴ En matière civile, les règles probatoires sont réparties entre le Code civil et le Code de procédure civile.

⁷⁵ La charge de la preuve influe ainsi sur l’accès à un juge, garanti par l’article 6 de la Conv. EDH.

Dès lors l'on pourra se demander dans quelle mesure prouver constitue un véritable défi dans le procès environnemental ?

Pour y répondre, nous privilégierons une analyse en deux temps. D'abord, la profonde incertitude scientifique qui caractérise l'environnement représente un obstacle qui freine l'effectivité de la preuve d'un point de vue substantiel dans le procès environnemental (Partie 1). Cet obstacle est renforcé lorsque l'on adopte une approche processuelle. Quand bien même il existerait des remèdes envisageables pour contrer les difficultés constituées par la charge de la preuve, les outils juridiques existants sont souvent insuffisants et insatisfaisants pour les plaideurs qui espèrent grâce au droit, pouvoir obtenir gain de cause (Partie 2).

Partie 1 – Un obstacle d’ordre substantiel à la preuve dans le procès environnemental

En principe, l’ordre juridique repose sur des faits certains et le juge ne peut se prononcer sur des motifs dubitatifs⁷⁶ ou hypothétiques⁷⁷, il doit fournir une réponse. Force est de constater que cette logique ne peut être appliquée sans nuance, à un contentieux caractérisé par son incertitude dominante. Ainsi, l’incertitude scientifique constitue un véritable obstacle à la preuve dans le cadre du procès environnemental (Titre 1). Pour autant, certains remèdes peuvent être identifiés pour pallier ces difficultés (Titre 2).

Titre 1 – Un obstacle tenant à l’incertitude scientifique empêchant la preuve dans le procès environnemental

« La cour de cassation a œuvré et œuvre toujours en faveur d’une progression du droit de l’environnement » déclare François Molins, procureur général près la Cour de cassation en 2019⁷⁸. Si l’on peut effectivement reconnaître des « signes positifs d’encouragement »⁷⁹, le résultat n’est pas pleinement suffisant. En effet, en faisant entrer les sciences dans le droit, celui-ci ouvre une porte à la complexité propre à ce domaine. Cela interroge sur le point de savoir jusqu’à quel point la vérité scientifique et écologique, est un gage d’efficacité en cas de contentieux, et ce d’autant plus lorsque l’on y ajoute la difficulté liée à l’incertitude scientifique⁸⁰. Dans cette perspective, les difficultés probatoires sont nombreuses et peuvent être distinguées selon qu’elles sont relatives au contentieux en responsabilité (Chapitre 1), ou au contentieux de la légalité⁸¹ (Chapitre 2).

⁷⁶ Cass. Soc. 30 novembre 2010, n°09-42.330.

⁷⁷ Article 455 du CPC.

⁷⁸ F. MOLINS, « Propos d’ouverture », p. 25, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l’environnement au procès pour l’environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

⁷⁹ F. MOLINS, *ibidem*

⁸⁰ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Quelle place pour le « risque de la preuve » en droit de l’environnement ?*, p. 89 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

⁸¹ Propre au procès administratif, ce contentieux de la légalité sera entendu comme étant relatif à l’annulation des actes administratifs litigieux.

Chapitre 1 – Une incertitude scientifique empêchant de faire la preuve dans le cadre du procès environnemental en responsabilité

Les atteintes à l'environnement et les préjudices susceptibles d'en résulter présentent en pratique des spécificités telles qu'il peut en résulter des difficultés probatoires presque insurmontables. Les trois éléments générateurs de responsabilité⁸² sont concernés : le fait générateur ou dommage et le préjudice d'une part (Section 1) et le lien de causalité d'autre part, ce dernier concentrant la majorité des difficultés selon certains auteurs⁸³ (Section 2).

Section 1 – Les difficultés liées à l'établissement du dommage et du préjudice

Puisque l'incertitude scientifique concerne l'ensemble de la matière environnementale, celle-ci se retrouve à chaque étape de la preuve de la responsabilité environnementale. Précisons que le terme de « dommage » ne sera pas ici utilisé en tant que synonyme de préjudice⁸⁴, mais désignera le fait brut de la lésion. Le préjudice sera donc compris comme la conséquence de cette atteinte, selon une perspective transversale. Prouver un dommage imperceptible (§1) ou prouver un préjudice difficilement déterminable (§2), telles sont des limites importantes à l'engagement de la responsabilité dans ce contentieux.

§1 – Un dommage imperceptible

La preuve des dommages environnementaux s'avère complexe face aux caractéristiques requises selon les contentieux envisagés. Les exigences probatoires relatives au dommage en matière civile et administrative présentent des similitudes qui justifieront leur étude commune (A). La preuve de la caractérisation de l'infraction pénale sera traitée isolément (B).

A. La preuve difficile du dommage dans le procès environnemental administratif et civil

L'exigence d'un dommage individuel et certain semble particulièrement inadéquate face à des atteintes se distinguant par leur caractère lointain et diffus (1). Seule l'exigence d'un dommage

⁸² La responsabilité contractuelle ne sera pas étudiée. Pour autant, elle pourrait être envisagée si l'auteur d'une pollution était contractuellement lié à la victime et que cette pollution résultait de la violation de ce contrat.

⁸³ A. AYNES, *op.cit.*

⁸⁴ G. CORNU (dir.), « Dommage », *op.cit.*, p. 365

objectif et collectif serait ainsi véritablement adaptée à la particularité des preuves dans le domaine de l'environnement (2).

1. L'exigence inadaptée de la preuve d'un fait générateur certain

Une difficulté probatoire matérielle. Classiquement, la preuve d'un dommage individuel et certain est exigée afin d'engager la responsabilité de son auteur. L'allégation par tout moyen de la preuve des faits, comme le déversement de produit polluant par exemple, pourrait sembler plus simple que la preuve d'un acte juridique. Mais les apparences sont trompeuses. En cette matière, selon Augustin Aynes, la difficulté probatoire n'est pas légale mais matérielle⁸⁵. En effet, ces deux caractéristiques sont particulièrement exigeantes voire obsolètes au vu de la matière en cause.

Une inadéquation au temps long. Entre le fait générateur et la manifestation du dommage, il peut exister un long décalage temporel⁸⁶. Du fait du temps nécessaire à l'apparition de certains préjudices environnementaux, la preuve du fait générateur peut donc être plus difficile à apporter qu'en droit commun. Dans certaines situations, la victime sera amenée à « remonter le temps » pour parvenir à identifier l'origine matérielle de son préjudice et l'écoulement du temps peut entraîner la disparition des preuves.

L'exigence supplémentaire d'une atteinte grave. La condition de gravité⁸⁷ ou la preuve d'une atteinte non négligeable à l'environnement⁸⁸, complexifient a priori toujours davantage la possibilité d'établir un dommage. En réalité, il est difficilement imaginable que toute modification de l'environnement puisse être considérée comme dommageable⁸⁹. En ce sens, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) contestant ce « seuil de réparabilité du

⁸⁵ A. AYNES, *op.cit.*

⁸⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira garde des sceaux, ministre de la Justice le 17 septembre 2013, p. 31

⁸⁷ L'article L. 161-1 du Code de l'environnement prévoit ainsi la répression des détériorations qui « créent un risque d'atteinte grave à la santé humaine », « affectent gravement l'état écologique » des eaux, ou « Affectent gravement le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable » de certaines espèces.

⁸⁸ Article 1247 du Code civil : « Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes (...) »

⁸⁹ En ce sens, l'article 2 de la directive de 2004 prévoit que le dommage à l'environnement se définit comme « une modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte ». (Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux)

dommage » de l'article 1247 du Code civil a été transmise par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 10 novembre 2020 au Conseil constitutionnel⁹⁰. Cette QPC visait ainsi à obtenir l'abrogation des deux mots « non négligeables »⁹¹. Par une décision laconique⁹², le Conseil Constitutionnel considère les dispositions conformes aux textes constitutionnels : le législateur pouvait écarter l'obligation de réparer les atteintes négligeables à l'environnement. Par conséquent, pour pouvoir bénéficier des effets du principe de précaution⁹³, les parties doivent établir des faits rendant vraisemblable un risque qui pourrait causer des dommages graves *et*⁹⁴ irréversibles⁹⁵. Des faits quelconques ne suffisent pas, il faut que ces faits s'insèrent dans un ensemble concordant, précis et concrets⁹⁶. Or par nature, derrière une atteinte à l'environnement se cache en réalité une atteinte à chaque élément naturel le constituant, en raison des fonctions qu'il tend à réaliser dans l'écosystème. On pourrait donc considérer que ce critère de gravité devrait pouvoir être systématiquement satisfait, en particulier dans le contexte d'extrême urgence écologique précédemment décrit.

Le caractère ambivalent du critère de gravité face à l'incertitude scientifique. En matière de préjudice écologique, certains juges ont pu précisément masquer le manque de certitude

⁹⁰ Conseil Constitutionnel 5 février 2021, *Association Réseau sortir du nucléaire et autres*, n°2020-881-QPC

⁹¹ Les associations requérantes invoquaient la méconnaissance des articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement, du principe de responsabilité de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du principe de clarté de la loi et de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ainsi que celui de protection de l'environnement (reconnu par la décision du Conseil constitutionnel du 31 janv. 2020, n° 2019-823 QPC, *Union des industries de la protection des plantes*).

⁹² « Ce « coup d'épée dans l'eau » retarde un peu plus le verdissement attendu de [la] jurisprudence [du Conseil constitutionnel] ». V. F. SAVONITTO, « La question prioritaire de constitutionnalité sur le préjudice écologique, une « petite » décision du Conseil Constitutionnel » *AJDA* 2021. 926

⁹³ Le principe de précaution peut être défini comme « une directive juridique qui, pour la sauvegarde d'intérêts essentiels [comme la protection de l'environnement] recommande (aux gouvernants en particulier) de prendre à titre préventif des mesures conservatoires propres à empêcher la réalisation d'un risque éventuel, avant même de savoir avec certitude (preuves scientifiques à l'appui) que le danger contre lequel on se prémunit constitue une menace effective. » Selon ces auteurs, il s'agirait d'une « maxime de prudence aux contours flous ». V. G. CORNU (dir.), « Précaution », *op.cit.*, p. 781

⁹⁴ Initialement, ces deux caractéristiques n'étaient pas cumulatives et la Déclaration de Rio de 1992 prévoyait la réparation d'un dommage grave *ou* irréversible (Principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 « En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »). Quoi qu'il en soit, c'est bien l'addition de ces deux éléments qui a été retenue au sein des textes constitutionnels. Le principe de précaution est consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement, constitutionnalisée par la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

⁹⁵ V. L'article L. 110-1 du code de l'environnement.

⁹⁶ Ces critères peuvent être rapprochés des dispositions de l'article 1382 du Code civil relatif aux présomptions du fait de l'homme renvoie aux indices précis, graves et concordants.

scientifique derrière la gravité du dommage. Ils retiennent le caractère « nocif »⁹⁷ ou « non négligeable »⁹⁸ de l'atteinte. Dès lors, s'appuyer sur ce critère de gravité pourrait dans certains cas diminuer l'ampleur de l'incertitude scientifique et permettre l'engagement du mécanisme de la responsabilité.

Dépasser l'origine licite d'un dommage causé à l'environnement. Une autre difficulté s'ajoute aux précédentes. L'activité responsable des changements climatiques peut ne pas être jugée répréhensible en tant que telle. A l'origine des dommages se trouvent souvent des activités licites qui sont soutenues pour leur importance économique et sociale. Certes, cette question de la légalité concerne l'œuvre du législateur. Mais selon Judith Rochfeld, deux éléments nuancent cette exclusivité législative. D'une part, le droit de la responsabilité a souvent permis la consécration d'évolutions législatives en France, et ce notamment en lien avec l'industrialisation de la société avec en particulier le régime de la responsabilité pour les choses que l'on a sous sa garde. D'autre part, s'appuyant sur l'industrie du tabac aux Etats-Unis, l'auteure explique que face à la licéité de l'activité en cause, les juges avaient pu condamner différentes sociétés non pas pour la production de cigarettes, mais pour la mauvaise information de ces industriels sur la dangerosité de la consommation de leur produit. Ces dangers étaient largement connus par ailleurs⁹⁹. Ainsi, malgré la compatibilité fragile entre les conditions du dommage et sa preuve dans le domaine environnemental, des évolutions pourraient permettre de dépasser les difficultés matérielles en cause.

Dès lors, l'exigence d'un dommage certain et grave devrait sans doute s'adapter davantage aux caractéristiques de l'environnement pour s'orienter vers des dommages objectifs et collectifs.

⁹⁷ CA de Pau, 9 décembre 2008, *Huselboch contre Ministère public et Sepanso*, n° 07/00949, pour des faits de rejets en eau douce de substances nuisibles au poisson ou à sa valeur nutritive, ainsi que pour l'exploitation sans autorisation préalable d'une unité de lavage et de conditionnement de carottes et de bulbes de fleurs, installation classée pour la protection de l'environnement soumise à autorisation préalable, et pour la détention de produits phytosanitaires non homologués.

⁹⁸ Dans l'affaire Erika : CA de Paris 30 mars 2010, *Clemente et autre contre Conseil Général de la Vendée et autres*, n°08/02278 : « Ce préjudice objectif, autonome, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, (...) »

⁹⁹ J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 119

2. L'exigence pertinente de la preuve de dommages objectifs et collectifs

Des dommages collectifs et objectifs. Les dommages environnementaux et en particulier ceux nés du changement climatique se caractérisent par leur ampleur. Le plus souvent, ces derniers heurtent un nombre significatif de personnes et peuvent se manifester par des catastrophes de masse. En ce qu'ils dépassent les individus et les collectivités, les dommages peuvent être dits objectifs. Ils ne concernent pas seulement des personnes, mais la biodiversité dans son ensemble¹⁰⁰. Dans cette perspective, les dommages subjectifs, ressentis par une personne existent, mais ne sont qu'une composante de dommages plus globaux. Une adaptation du droit de la preuve à ces réalités est nécessaire.

Une vision anthropologique ancrée. L'ensemble du Code de l'environnement a été construit selon une vision patrimoniale¹⁰¹. Les propositions du groupe de recherche sur le préjudice écologique le confirment. Lorsque celui-ci aborde les solutions pour permettre une meilleure réparation du préjudice écologique, il envisage d'adopter une approche fondée sur la « valeur » de la Nature¹⁰². Or cette conception pourrait être discutée notamment car certains auteurs considèrent qu'il existe une incommensurabilité des valeurs écologiques et monétaires en ce que l'écologie ou la Nature ne peuvent être quantifiées en tant que telles¹⁰³. Cette vision centrée sur l'homme justifie en partie les difficultés probatoires : au-delà de la difficulté matérielle, il s'agit d'un obstacle conceptuel. Le droit substantiel de la preuve peine à s'adapter au domaine qu'il traite.

Vers une généralisation des régimes de responsabilité sans faute. Pour permettre la prise en compte de ces dommages collectifs, le mécanisme de la responsabilité objective semble une solution envisageable. Contrairement à la responsabilité pour faute, la responsabilité sans faute

¹⁰⁰ J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 121

¹⁰¹ Le premier article de ce code prévoit que « les espaces, ressources et milieux naturels (...) font partie du patrimoine commun de la nation ».

¹⁰² C'est-à-dire une appréciation du service rendu à l'homme par la nature dans une perspective de « fonction écologiques ». V. La notion de « service » notamment présent dans l'article L. 162-9 du Code de l'environnement ; V. MINISTERE DE LA JUSTICE, *op.cit.*, p. 44

¹⁰³ C. EMELIANOFF, « Dette écologique et réparations, quels enjeux pour l'avenir ? », in C. HARPET, P. BILLET, J.P. PIERRON (dir.), *Justice et Injustices Environnementales*, l'Harmattan, Éthique, Droit et Développement Durable, Paris, 2016, p. 105, à propos de la notion de dette écologique, à savoir la dette accumulée par les pays anciennement industrialisés vis-à-vis des autres pays relativement au prélèvement de ressources naturelles depuis la colonisation.

permet de faire l'économie d'un débat sur l'appréciation du fait générateur¹⁰⁴. A ce titre, la théorie des troubles du voisinage¹⁰⁵ exprime sans doute la première appréhension de l'environnement par le droit privé à l'occasion d'une affaire de pollution industrielle¹⁰⁶. Cette théorie est donc un fondement particulièrement utile pour les litiges relatifs aux pollutions industrielles ou agricoles¹⁰⁷ ou pour le contentieux relatif aux antennes relais de téléphonie mobile¹⁰⁸.

Le caractère partiellement adapté de cette théorie à l'environnement. Si cette théorie peut s'adapter aux problématiques environnementales, elle est parfois contre-productive, ou du moins à double tranchant, en ce qu'elle ne bénéficie pas systématiquement à l'environnement. Même dans un environnement rural, précisément pour mettre fin à un trouble porté au voisinage, le juge peut ainsi ordonner la cessation du trouble au profit des voisins¹⁰⁹. Plus généralement, cette théorie profiterait en pratique le plus souvent aux pollueurs¹¹⁰. En effet, en ce que le trouble ne peut être réparé que si son caractère anormal est caractérisé, plus le pollué sera initialement exposé aux nuisances, moins il sera indemnisé. Cette théorie reviendrait donc à créer un droit pour les pollueurs à polluer car pour une même pollution¹¹¹, en fonction du milieu concerné, le trouble ne sera pas nécessairement considéré comme anormal. Les seuils d'incommodité admis peuvent donc être très inégalitaires. L'absence de prise en compte de la réalité du dommage ou de sa gravité, au profit de l'inconvénient qu'il représente, peut surprendre.

L'existence limitée de régimes légaux sectoriels utiles. Certains régimes sectoriels de responsabilité objective existent du fait de la spécificité de la matière qu'ils concernent. Il s'agit par exemple de la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, celle du

¹⁰⁴ A. VAN LANG, *op.cit.*, n°476, p. 340

¹⁰⁵ Dans ce cadre, on ne cherche pas à imputer le caractère anormal de l'inconvénient de voisinage à une faute ou à l'inobservation de dispositions légales ou réglementaires. Il s'agit d'une responsabilité purement objective du fait du caractère excessif du trouble.

¹⁰⁶ Cass, civ, 27 novembre 1844

¹⁰⁷ Par exemple, Cass, 3^e civ. 28 juin 2018, n°17-18.755, sur des nuisances olfactives provenant de l'élevage d'animaux.

¹⁰⁸ V. le développement de la Section 1 du Chapitre 1, Titre 2 de la Première partie de ce mémoire.

¹⁰⁹ Cass, 2^e civ, 14 décembre 2017, n°16-22.509, il s'agissait du comblement d'une marre à cause du coassement de batraciens : la théorie profite donc au voisin, et non obligatoirement à la Nature.

¹¹⁰ Selon Michel Prieur, « sous son aspect libéral et progressiste dans la mesure où la faute n'est pas exigée et la responsabilité présumée, la théorie des troubles du voisinage est en réalité un régime désuet et ségrégationniste qui sert la politique de développement industriel et de croissance illimitée ». M. PRIEUR, *op.cit.*, n°1545, p. 1300

¹¹¹ A savoir une pollution d'une même intensité.

propriétaire du navire pour tout dommage de pollution résultant du rejet d'hydrocarbures en mer, ou encore celle de l'exploitant cultivant des organismes génétiquement modifiés (OGM) au nom du principe de coexistence des cultures. Toutefois, pour ce dernier exemple, le champ d'application du régime est particulièrement restrictif en ce qu'il ne vise que la réparation du préjudice économique et ne pèse que sur l'exploitant agricole¹¹².

La preuve possible d'un dommage résultant d'un produit défectueux. Même s'il n'est pas propre à l'environnement, ce régime de responsabilité repose sur une logique favorable à la protection de l'environnement. Il a été créé pour répondre à une préoccupation de sécurité ou de sûreté relativement à certains produits. Le producteur du produit est par principe responsable de plein droit, à moins que celui-ci ne prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit n'a pas permis de déceler l'existence du défaut¹¹³. Sur le fondement de ce régime, le juge judiciaire a pu engager la responsabilité de la société Monsanto pour défaut d'information sur l'étiquette d'un désherbant - l'herbicide « Lasso » - quant aux précautions d'emploi. Ce défaut caractérise la défectuosité du produit envers un utilisateur gravement intoxiqué par l'inhalation du pesticide. La faute alléguée par la société Monsanto était donc sans lien de causalité avec le dommage¹¹⁴.

Ainsi, certains régimes de responsabilités pourraient être développés pour permettre d'apporter plus aisément la preuve des dommages invoqués. La caractérisation de l'infraction pénale rejoint ces problématiques.

B. La preuve technique de l'infraction dans le procès environnemental pénal

La prolifération des infractions environnementales. Le grand paradoxe du droit pénal de l'environnement selon David Chilstein est qu'on ne cesse de le critiquer pour son inefficacité alors que dans le même temps, l'on ne cesse d'y recourir et de multiplier les infractions environnementales¹¹⁵. Il est souvent présenté comme un droit hétérogène et technique, ce qui

¹¹² Le régime a été prévu par la loi du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés puis inséré dans le Code rural. En ce sens, l'article L. 663-4 du Code rural a été validé par le Conseil Constitutionnel au motif qu'il n'est pas exclusif de toutes les autres actions en responsabilité que les victimes souhaiteraient intenter et ne méconnaît donc ni le principe de responsabilité qui découle de l'article 4 de la DDHC, ni à la liberté d'entreprendre : DC 19 juin 2008, considérants 38 et 39.

¹¹³ Article 1245-10, 4°, du Code civil

¹¹⁴ Cass, 1^e civ, n°19-18.689, *Droit de l'environnement*, décembre 2020, p. 385

¹¹⁵ D. CHILSTEIN « L'efficacité du droit pénal de l'environnement » p. 67, in O. BOSKOVIC (dir.), *op.cit.*

se justifie notamment parce qu'il est dérivé de normes administratives qu'il est chargé de sanctionner. Comme l'établit le rapport *Une justice pour l'environnement*¹¹⁶, les infractions environnementales manquent de lisibilité. Le droit pénal de l'environnement ne dispose que d'un faible nombre d'incriminations généralistes et autonomes et repose donc essentiellement sur des infractions spéciales par renvoi. Même pour les dispositions contenues dans le code de l'environnement, les infractions peuvent se recouper, brouillant ainsi toute perspective d'effectivité¹¹⁷. De plus, les textes répressifs favorisent majoritairement le développement économique, plutôt que la protection de l'environnement. Le plus souvent la réglementation est construite autour d'une autorisation « raisonnable » de polluer plutôt qu'autour d'une interdiction de polluer¹¹⁸. L'augmentation de la criminalité écologique va de pair avec une forte demande de rationalisation et de renforcement du droit répressif de l'environnement.

La confrontation de la preuve au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Le droit pénal de l'environnement est soumis au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à son corollaire, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Celui-ci bloque parfois la mise en œuvre de la sanction. Par exemple, un capitaine d'un navire à l'origine d'une pollution par hydrocarbure des eaux d'un port, a été relaxé parce que le déversement avait eu lieu non pas directement dans la mer, comme le prévoit le texte, mais dans la cale sèche du port, la mer n'étant que dans un second temps en contact avec l'eau du bassin¹¹⁹.

La preuve possible de l'élément intentionnel de l'infraction fondée sur la présomption de la connaissance de la loi. En principe, la caractérisation des infractions pénales repose sur la preuve de l'élément matériel et de l'élément intentionnel¹²⁰. Dans le cadre du procès environnemental, cette présomption peut même s'avérer sévère lorsqu'elle est appliquée à un

¹¹⁶ MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *Une justice pour l'environnement*, Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement, établi par l'IGJ et le CGEDD, 31 octobre 2019

¹¹⁷ Par exemple, l'article L. 216-6 du code de l'environnement réprime le délit général de pollution des eaux. L'article L.432-2 du code de l'environnement sanctionne les pollution et atteinte à la faune piscicole et l'article L. 218-73 du code de l'environnement interdit les rejets nuisibles en mer ou dans les eaux salées.

¹¹⁸ La Charte de l'environnement corrobore ce constat puisqu'elle reste muette sur les sanctions des atteintes aux nouveaux droits qu'elle consacre, aussi bien que sur une quelconque responsabilité pénale. Elle véhicule ainsi davantage une philosophie réparatrice que répressive. A. VAN LANG, *op.cit.*, n°772, p. 587

¹¹⁹ CA de Poitiers, 14 mars 1975, cité in D. CHILSTEIN « L'efficacité du droit pénal de l'environnement » p. 70, in O. BOSKOVIC (dir.), *op.cit.*

¹²⁰ Article 121-3 du Code pénal

profane. Par une décision du 22 mars 2016¹²¹, la chambre criminelle considère que « les prévenus ne pouvaient ignorer que l'opération [à savoir une opération de drainage] (...) nécessitait une autorisation ». Cette position a été répétée dans un arrêt rendu le 28 juin 2005¹²², relatif à l'achat dans un magasin spécialisé, d'oiseaux appartenant à des espèces protégées. Alors que la Cour d'appel¹²³ avait considéré qu'en achetant ces oiseaux dans un établissement inscrit au registre du commerce avec remise d'une facture officielle, le prévenu pouvait légitimement considérer que son acquisition était légale, la chambre criminelle rappelle le principe selon lequel « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal ».

La preuve théoriquement aisée des infractions matérielles. Si en principe, il « n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », certaines infractions pénales peuvent être constituées par la simple commission matérielle des faits incriminés, indépendamment de tout élément moral¹²⁴. Ces infractions seront établies par la seule constatation objective du fait répréhensible, ce qui facilitera a priori leur preuve. Suite à la promulgation du Code pénal¹²⁵, la loi du 16 décembre 1992 dite loi d'adaptation¹²⁶ a permis le maintien de certains délits matériels, caractérisés indépendamment de tout élément moral. Ces délits avaient été créés par la Cour de cassation de manière purement prétorienne et trouvaient à s'appliquer particulièrement en matière d'environnement¹²⁷. Dès lors, sont des infractions matérielles les délits relatifs aux installations classées, l'eau, la chasse, la pêche, la protection de la faune et de

¹²¹ Les juges du fond avaient considéré que le caractère abondant et enchevêtré des textes législatifs et réglementaires, ainsi que le recours à un cabinet d'ingénierie par les prévenus, les avaient induits en erreur, et permettaient de considérer que ces derniers étaient de bonne foi. Cass, Crim, 22 mars 2016, n°15-84.949, note G. ROUJOU DE BOUBÉE, D. 2016.2424

¹²² Cass, Crim, 28 juin 2005, n°05-82.189, note O. FARDOUX, « Erreur de droit et intention délictueuse » D. 2006. 561

¹²³ CA de Caen, 21 mars 2005

¹²⁴ Article 121-3 alinéa 3 du Code Pénal. Les contraventions sont en matière d'environnement, comme en droit commun, constituées indépendamment de tout élément moral.

¹²⁵ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal

¹²⁶ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur

¹²⁷ Cass, crim, 28 avril 1977, n° 75-93.284 : « Attendu que le délit de pollution de cours d'eau, (...) a seulement le caractère d'une infraction matérielle ; Que le fait (...) d'avoir laissé s'écouler dans une rivière des substances toxiques, implique une faute dont la preuve n'a pas à être spécialement rapportée ».

la flore sauvage notamment¹²⁸. Logiquement, le même mécanisme s'applique aux infractions obstacles¹²⁹. La faute intentionnelle est donc présumée lorsque l'infraction consiste en la violation des obligations de police¹³⁰, et peut aussi être déduite des circonstances de fait.

Une appréciation stricte de la preuve des délits d'imprudence. Les infractions d'imprudence, comme le délit de pollution de cours d'eau, connaissent une appréciation sévère depuis la loi du 10 juillet 2000, qui tend à rendre moins aisée leur preuve en raison du lobby des élus locaux¹³¹. Une faute qualifiée¹³² est ainsi exigée lorsqu'il existe un lien de causalité indirect entre la faute et le préjudice. Dès lors, toute pollution consécutive à une négligence au sein d'une entreprise ou d'une collectivité locale n'engage pas nécessairement la responsabilité pénale du dirigeant ou du maire, s'il s'agit d'une faute simple. Néanmoins, l'intervention du juge des libertés et de la détention (JLD) n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute pénale pour ordonner toute mesure utile en vue de faire cesser une pollution de l'eau¹³³.

La preuve complexe de la gravité des conséquences d'un comportement de mise en danger de la vie d'autrui. Lorsqu'une pollution affecte la vie humaine ou l'intégrité physique, le délit de mise en danger de la vie d'autrui peut trouver à s'appliquer, sous réserve d'apporter la preuve de la gravité des conséquences que le comportement incriminé aurait été susceptible de causer¹³⁴. Par exemple, les responsables d'une raffinerie à l'origine d'une pollution atmosphérique au dioxyde de soufre, supérieure au seuil d'alerte de la population, ont été relaxés sur le fondement d'une étude de toxicologie sollicitée par les prévenus, concluant à l'absence d'impact mesurable de l'incident sur la population¹³⁵. L'exigence légale d'un « risque

¹²⁸ Cass, crim, 1^{er} juin 2010, n°09-87.159 : à propos de l'abattage d'un ours par un chasseur, « une faute d'imprudence suffit à caractériser l'élément moral du délit d'atteinte à la conservation d'espèces animales non domestiques protégées ».

¹²⁹ Il s'agit des infractions dont le résultat n'est pas déterminé, et n'est pas un élément constitutif de l'infraction. L'infraction formelle, qui repose sur l'accomplissement d'un acte, indépendamment du résultat atteint, s'oppose à l'infraction matérielle, qui ne doit pas être confondue avec l'élément matériel de l'infraction.

¹³⁰ Cass, crim, 23 octobre 2012, n°12-80.414 : délit de destruction d'une espèce végétale protégée : des tulipes sauvages en l'espèce.

¹³¹ D. CHILSTEIN « L'efficacité du droit pénal de l'environnement » p. 71, in O. BOSKOVIC (dir.), *op.cit.*

¹³² Il peut aussi s'agir d'une faute caractérisée ou de mise en danger délibérée. V. Article 121-3 alinéa 4 du Code pénal

¹³³ Cass, crim 28 janvier 2020, n°19-80.091 ; V. développement réalisé dans la partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹³⁴ Article 223-1 du Code pénal qui réprime : Le fait d'exposer directement autrui à un *risque immédiat* de mort ou de blessures (...).

¹³⁵ Cass, crim, 4 octobre 2005, n° 04-87.654

immédiat » suscite des difficultés particulières en matière environnementale puisque cela suppose de démontrer l'existence d'une forte probabilité de survenance du dommage. Il ne s'agit donc pas de la sanction pénale du principe de précaution, qui repose sur un risque incertain¹³⁶.

La difficulté de prouver un dommage avéré. Une contrainte probatoire commune à de nombreuses incriminations environnementales réside dans la démonstration d'une atteinte effective à la biodiversité¹³⁷. Par exemple, même si une pollution dans le sillage d'un navire a été constatée, cela ne suffit pas à établir la preuve d'un rejet pénalement répréhensible. En effet le capitaine du navire peut prouver qu'elle résulte d'une détérioration d'un équipement, non liée à un défaut d'entretien, et bénéficier ainsi d'une relaxe¹³⁸.

La facilitation raisonnable de la preuve de l'élément matériel en matière de rejets illicites d'hydrocarbure en mer. Certaines avancées jurisprudentielles permettent de faciliter la preuve de l'élément matériel, notamment en matière de rejets illicites d'hydrocarbures en mer. En effet, l'application de la loi réprimant la pollution de la mer par les navires¹³⁹ était jusqu'à présent restée marginale compte tenu de la difficulté de prouver les rejets incriminés, spécialement d'hydrocarbures. Or, depuis 1996, la CA de Rennes estime que « la preuve de l'élément matériel du rejet d'hydrocarbures n'exige pas nécessairement des prélèvements mais peut résulter des observations directes des agents verbalisateurs corroborées par des photographies »¹⁴⁰. La Cour de cassation a dépassé cette exigence de corroboration photographique pour reconnaître la force probante des seuls procès-verbaux dressés par les autorités compétentes. En l'espèce¹⁴¹, les prévenus contestaient la qualification de ces rapports. Selon eux, les procès-verbaux ne se bornaient pas à relater des faits matériels, mais comportaient aussi des interprétations scientifiques et devaient de ce fait être qualifiés d'expertises. Or contrairement à un constat objectif, le propre d'une expertise est de pouvoir être discutée, et les capitaines poursuivis avaient été privés de cette faculté. La question posée à la Cour de cassation portait

¹³⁶ A. VAN LANG, *op.cit.*, n°780, p. 591

¹³⁷ Par exemple la pollution des eaux de l'article L.216-6 du code de l'environnement exige que celle-ci ait entraîné des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou à la faune.

¹³⁸ Cass, crim, 13 novembre 2007, n°07-81.904, note B. BOULOC, *RTD* commentaire 2008.640.

¹³⁹ Loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires.

¹⁴⁰ CA de Rennes 19 septembre 1996, *DMF*, 1997.100

¹⁴¹ L'infraction est constituée à partir d'une concentration supérieure à 15 ppm/L.

donc sur la distinction entre l'observation et l'interprétation de l'observation. En l'espèce, la chambre criminelle considère qu'il s'agissait d'interprétations d'observations. Néanmoins, corrélées à des tables scientifiques, elles donnaient une certitude comparable à une observation objective. La convention de Marpol¹⁴² permet d'établir que les rejets dont la teneur en hydrocarbure est comprise entre 15 et 100 ppm/L sont invisibles à partir d'un aéronef. Dès lors, puisque les agents avaient pu observer une nappe d'hydrocarbure depuis leur aéronef, ce dont leur procès-verbal faisait foi jusqu'à preuve du contraire, l'effluent dépassait donc nécessairement le seuil de 100 ppm/L. Il s'agit donc d'une avancée en termes de preuve. Un auteur ironise ainsi : « Ces corrélations sont très utiles car elles évitent des prélèvements acrobatiques par hélicoptère, lesquels au surplus ne donnent pas des résultats fiables à cause de la présence de multiples mélanges de rejets dans l'eau de la mer »¹⁴³. De ce fait, ce que David Chilstein analyse comme un « signe de fermeté » du droit pénal de l'environnement¹⁴⁴, est surtout une prise en compte d'une explication scientifique établie.

La détection problématique des infractions préventives. Alors que le droit de l'environnement entend réglementer en amont les activités susceptibles de provoquer des dommages environnementaux, les tribunaux sont souvent réticents à sanctionner sévèrement des infractions préventives¹⁴⁵. La détection des infractions préventives pose problème notamment car « il n'est pas évident de savoir ce que chacun fait au fond de son jardin ou de son champ »¹⁴⁶. En l'absence de dommages, même si l'activité suppose une autorisation administrative, le nombre de contrôles n'étant pas illimité conduit à une détection de ces infractions particulièrement aléatoire, au détriment de la protection de l'environnement.

Si la preuve des atteintes à l'environnement en ce qu'elles dépassent les catégories classiques du droit est difficile à établir, celle du préjudice l'est probablement encore davantage.

¹⁴² Annexe I de la Convention de Marpol adoptée le 9 juillet 1993.

¹⁴³ Crim, 13 mars 2007, n°06-80.922 et 05-87.363, note JH. ROBERT, « Pollution des mers », *RSC* 2007.820

¹⁴⁴ D. CHILSTEIN « L'efficacité du droit pénal de l'environnement » p. 79, in O. BOSKOVIC (dir.), *op.cit.*

¹⁴⁵ D. CHILSTEIN, *ibidem*, p. 71

¹⁴⁶ D. CHILSTEIN, *ibidem* p. 73

§2 – Un préjudice indéterminé

Le préjudice est une catégorie juridique qui invite, par le biais d'une opération de qualification juridique, à observer les faits et sélectionner certains dommages qui méritent d'être réparés¹⁴⁷. En principe, le préjudice doit être certain, direct et personnel pour pouvoir être réparé. On suppose alors que les conséquences matérielles et morales d'un dommage ne peuvent concerner qu'une personne, son patrimoine et son ressenti. D'un point de vue statistique, la victime est le plus souvent celle qui dans le même temps demande réparation. Il y a alors une cohérence entre le demandeur à l'action et la victime du préjudice. Or, force est de constater que l'atteinte à l'environnement cause rarement un préjudice personnel et direct à une personne physique ou morale. Par le caractère expansif des atteintes à l'environnement, celles-ci aboutissent à des préjudices vastes, dont la délimitation n'est pas aisée. Le plus souvent, le préjudice est causé à l'environnement¹⁴⁸. En ce qui concerne la preuve, celle-ci s'avère particulièrement complexe pour établir l'existence d'un préjudice individuel ou collectif causé à l'homme (A). La preuve d'un préjudice écologique ou environnemental est récemment admise et tout aussi difficile (B).

A. La preuve complexe d'un préjudice individuel ou collectif subi par l'homme

La reconnaissance ponctuelle de la responsabilité de l'Etat du fait de l'adoption de mesures de protection de la faune et de la flore. En matière environnementale, certaines affaires permettent au juge de statuer selon les critères classiques de la responsabilité à partir d'un préjudice individuel certain. La preuve ne pose pas de difficulté majeure dans ces circonstances. Ainsi, à plusieurs reprises, le juge administratif a eu à se prononcer sur la responsabilité de l'Etat en raison de dommages causés par des espèces protégées¹⁴⁹. Alors que le plus souvent, celui-ci estime que l'intérêt général supérieur poursuivi par les lois de protection de la faune et de la flore fait obstacle à la réparation des préjudices causés par l'adoption de mesures de protection, il y a pu faire droit ponctuellement. Le juge administratif a ainsi admis la responsabilité sans faute de l'Etat dès lors que le requérant démontrait avoir

¹⁴⁷ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La preuve du préjudice environnemental, entre science et droit », p. 183, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

¹⁴⁸ J.B. PERRIER « Le choix du juge civil ou du juge pénal en France ? », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET ET E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

¹⁴⁹ N. NAHMIA (dir.), *Droit de l'environnement, Guide pratique*, Berger Levrault, Boulogne-Billancourt, 2021, n°314, p. 127

subi un préjudice anormal et spécial causé par une espèce protégée identifiée¹⁵⁰. Selon Augustin Aynes, la difficulté inhérente à l'objet de cette preuve environnementale est ainsi atténuée par le pouvoir souverain reconnu en la matière aux juges du fond et il suffira donc à la victime de se montrer suffisamment convaincante quant à la certitude de son préjudice et à son quantum pour obtenir gain de cause¹⁵¹. Il est permis d'en douter au vu des éléments suivants.

La preuve contestée d'un préjudice établi avec certitude. Les caractéristiques propres au changement climatique conduisent souvent à des blocages juridiques car le droit ne parvient pas toujours à s'adapter aux évolutions concrètes. Qu'ils soient actuels ou futurs, les préjudices liés au changement climatique n'en demeurent pas moins certains. En France, le littoral sera particulièrement affecté à cause de l'effet cumulé des événements météorologiques tels que les tempêtes à répétition, et la montée progressive du niveau des eaux. Mais quand bien même ce préjudice serait établi, qui doit payer et à quel titre ? Le procès « Le signal » met en lumière ces difficultés. En l'espèce, cet immeuble édifié à plusieurs dizaines de mètres de la côte a dû être évacué pour être détruit, sous l'effet cumulé de l'érosion et la montée du niveau de l'eau. En août 2018, le Conseil d'Etat¹⁵² a pourtant jugé que l'érosion maritime du cordon dunaire sur lequel trône la barre d'immeuble n'entraîne pas dans la catégorie des phénomènes naturels et les copropriétaires de l'immeuble ne pouvaient bénéficier de l'indemnisation du préjudice et de la perte de leur bien, leur situation n'entrant pas dans la catégorie du « risque de submersion imminent »¹⁵³. De plus, le Conseil d'Etat confirme l'appréciation de la CAA en énonçant que « la bonne connaissance scientifique du phénomène naturel en cause (...) a permis l'édiction de mesures telles que la mise en place d'un dispositif de surveillance, d'alerte, d'évacuation temporaire des résidents de l'immeuble et d'un périmètre de sécurité, propres à assurer la sécurité des personnes en amont de la réalisation de ces risques ». Ces risques ne pouvaient « être regardés comme menaçant gravement des vies humaines ». Pourtant, le péril pour ces riverains est bien effectif, et l'évacuation temporaire d'une côte maritime disparue n'est pas concevable.

¹⁵⁰ CE 30 juillet 2003, n°215957, *Association pour le développement de l'aquaculture en Région Centre* : le CE considère que l'absence de mesure de régulation de l'Etat au moment des faits avait conduit directement aux dégâts causés aux requérants par la prolifération du grand cormoran.

¹⁵¹ A. AYNES, *op.cit.*

¹⁵² CE, 6^{ème} chambre, 16 août 2018, requête n°398671

¹⁵³ Prévu à l'article L. 561-1 du Code de l'environnement.

La découverte de l'étendue potentielle des préjudices au travers d'évènements ponctuels.

Si certains accidents permettent de prendre la mesure de l'étendue des préjudices liés à l'environnement, l'essentiel des manifestations des préjudices sont limitées. En ce sens, l'accident de l'entreprise Lubrizol¹⁵⁴ n'est que « l'arbre qui cache la forêt dense de pollutions toujours plus chroniques, massives et insidieuses » alerte l'historien Thomas le Roux¹⁵⁵.

Les atouts de l'action de groupe pour rassembler les preuves des préjudices individuels.

Les préjudices environnementaux sont souvent globaux et concernent alors de nombreuses victimes¹⁵⁶. Ainsi, en 2016¹⁵⁷, un nouveau « socle commun » procédural de l'action de groupe a été créé et parmi les quatre domaines concernés figure l'environnement¹⁵⁸. Cette action de groupe vise à saisir les préjudices individuels découlant d'un dommage à l'environnement. L'idée est ainsi d'offrir un outil procédural pour permettre une meilleure efficacité via le regroupement des victimes dès lors que les préjudices individuellement subis résultent d'un fait générateur commun¹⁵⁹. Dispersées, les victimes préféreront ne pas agir. L'action de groupe en matière environnementale a également pour but de palier l'échec de l'action en représentation conjointe qui la précédait¹⁶⁰. En réalité, la spécificité de l'action de groupe environnemental réside probablement dans l'enchevêtrement des intérêts qu'elle tend à réparer¹⁶¹. Même si l'action de groupe n'a en principe vocation qu'à réparer les préjudices individuels, elle conduit in fine à améliorer la protection des intérêts de l'environnement¹⁶².

¹⁵⁴ Le jeudi 26 septembre, un violent incendie s'est déclaré à Rouen, au sein de l'usine chimique de l'entreprise américaine Lubrizol.

¹⁵⁵ T. LE ROUX, *op.cit.*

¹⁵⁶ Par exemple, une pollution peut affecter des justiciables sur des régions vastes, voire à l'échelle d'un Etat.

¹⁵⁷ La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle est venue compléter les lois précédentes relatives à l'action de groupe.

¹⁵⁸ Titre V de la Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle

¹⁵⁹ L'article L. 142-3-1, II du Code de l'environnement prévoit que l'action de groupe peut être engagée lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage à l'environnement « causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles ».

¹⁶⁰ L'action en représentation conjointe a été créée par la loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier.

¹⁶¹ M. LAMOUREUX « L'action de groupe environnementale en France », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

¹⁶² L'article L. 142-3-1, III du Code de l'environnement prévoit que l'action « peut tendre à la cessation du manquement [à l'origine des préjudices], à la réparation des préjudices corporels et matériels [individuels] résultant

Le champ d'application restreint de l'action de groupe environnementale. Au terme des dispositions de l'article L. 142-3-1, II, du Code de l'environnement, les préjudices indemnisables sont exclusivement les préjudices corporels et matériels découlant d'un dommage causé à l'environnement. De toute évidence, cela ne recouvre pas l'ensemble des préjudices individuels concevables. Les préjudices moraux sont entièrement passés sous silence¹⁶³ alors que ceux-ci pourraient être indemnisés au titre d'une action individuelle. L'intérêt de l'action de groupe environnementale est donc limité par ce champ d'application restreint.

Vers la reconnaissance d'un préjudice moral plus aisé à prouver. Les juges ont tendance à réparer plus facilement le préjudice moral – car ses contours sont particulièrement flous – que le préjudice environnemental¹⁶⁴. Les parties peuvent plus aisément prouver leur ressenti face à la dégradation environnementale, qu'apporter la preuve de la dégradation scientifique de l'environnement. Mais comme nous l'indiquions, il s'agit d'une stratégie d'évitement et l'on perçoit bien que cette solution n'est pas pleinement satisfaisante en ce qu'elle ne permet la réparation que d'un préjudice moral, et non de l'entier préjudice, pour défaut de preuve. Cela aboutit in fine à l'inapplication et l'ineffectivité du droit de l'environnement, voire à une régression du droit de l'environnement et donc nécessairement de la protection de l'environnement.

du dommage causé à l'environnement *ou à ces deux fins* » La même année, le législateur a consacré dans le code civil les dispositions relatives à la réparation du préjudice écologique. Celles-ci recourent pour partie les dispositions relatives à l'action de groupe environnementale en ce qu'elles permettent respectivement la possibilité de solliciter la cessation du manquement à l'origine du préjudice écologique, bien que leur objet premier diffère : l'une vise principalement la réparation des préjudices individuels, tandis que l'autre concerne le préjudice écologique.

¹⁶³ Néanmoins, il semble que ce soit une limite commune à l'ensemble des actions de groupe. V. Article L. 623-2 Code de la consommation « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».

¹⁶⁴ Sur la confusion entre préjudice moral et préjudice environnemental : CA Paris, 30 mars 2010, n°08/02278, V. L. NEYRET, « L'affaire *Erika* : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », D. 2010.2238 : Cet arrêt qui affine l'appréhension du préjudice moral montre également son étendue. Celui-ci est reconnu « pour les associations de protection de l'environnement au titre du « prix du découragement » car la marée noire a porté atteinte à leur objet social et contrarié gravement les efforts qu'elles ont déployés, pour les collectivités territoriales dépendantes du tourisme et des produits de la mer et qui ont subi une atteinte à leur « image de marque » et à leur « réputation », là pour un syndicat professionnel qui a vécu l'arrivée des nappes d'hydrocarbures comme « une menace majeure pour la poursuite de l'activité » de ses membres, et là encore pour des pêcheurs à pied « vivant en permanence en symbiose avec la mer » et pour qui « l'anéantissement de toute vie marine du fait de la pollution leur a causé une véritable souffrance morale ».

La prise en compte limitée des atteintes à des intérêts collectifs. Au-delà du prisme individuel, les associations de protection de l'environnement peuvent agir pour permettre la réparation de l'intérêt collectif qu'elles défendent. Le jugement confirmé¹⁶⁵ du 16 janvier 2008 du TGI de Paris¹⁶⁶ rendu dans l'affaire Erika a non seulement reconnu la réparation du préjudice écologique pur, indépendamment des répercussions sur les intérêts humains, mais a aussi permis aux associations de demander réparation « du préjudice matériel et du préjudice moral, direct ou indirects, causés aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre ». Le pluriel du terme « intérêt collectif » ne doit pas conduire en erreur, il s'agit bien ici d'un intérêt collectif au singulier, en tant que démembrement de l'intérêt général¹⁶⁷. Il se rapporte à la cause environnementale.

Au-delà de la réparation des préjudices individuel ou collectif, le législateur est venu consacrer un préjudice portant directement atteinte aux intérêts de l'environnement. Les difficultés probatoires demeurent.

B. La preuve nouvelle d'un préjudice subi par l'environnement

La preuve de l'atteinte aux intérêts de l'environnement dans le cadre du préjudice écologique. Le droit de la responsabilité définit généralement le préjudice comme la lésion d'un intérêt, ce qui implique que la victime puisse prouver qu'elle a perdu quelque chose par rapport à une situation antérieure¹⁶⁸. Progressivement, le droit prend acte de la diversité des atteintes à l'environnement, mises en évidence depuis de nombreuses années dans la littérature scientifique. Bien que chaque composante lésée mérite réparation, la difficulté réside dans l'interdépendance de ces éléments naturels¹⁶⁹. La biodiversité ne peut pas se concevoir comme « un simple inventaire des espèces et des espaces », mais comme un système global. Ainsi, la reconnaissance du préjudice environnemental représente une évolution juridique majeure qui montre que la technique juridique peut évoluer sous l'influence voire sous la pression des

¹⁶⁵ Cass, Crim, 25 septembre 2012, n°10-82.938

¹⁶⁶ TGI Paris, 16 janvier 2008, n°2008-351025

¹⁶⁷ L'intérêt collectif ici défendu ne correspond pas à « autrui » désigné par le texte de l'article 1240 du Code civil.

¹⁶⁸ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La preuve du préjudice environnemental, entre science et droit », p. 184, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

¹⁶⁹ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *ibidem*, p. 189

données scientifiques¹⁷⁰. C'est dans l'arrêt précité du TGI de Paris que les juges du fond considèrent que les associations peuvent obtenir réparation du préjudice « résultant de l'atteinte portée à l'environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu'elles ont statutairement pour mission de sauvegarder »¹⁷¹. La notion de préjudice est élargie pour accueillir le « préjudice écologique » consacré ensuite à l'article 1246 du Code civil¹⁷². Il s'agit d'une consécration singulière¹⁷³, bien que limitée. Si la chambre criminelle reconnaît théoriquement le préjudice écologique, elle ne le répare pas en l'espèce. Il s'en dégage alors en pratique une « vraie-fausse reconnaissance »¹⁷⁴.

La consécration théorique d'un préjudice objectif. Dans l'affaire Erika, la Cour de cassation vient consacrer un préjudice écologique objectif, non subi par un sujet de droit. La Cour de cassation crée une nouvelle catégorie de préjudice qui, sans être causé à « autrui », est tout de même réparable¹⁷⁵. Le juge prend parti pour l'environnement. Contrairement à d'autres consécration juridiques reposant sur des interprétations particulièrement extensives des textes¹⁷⁶, il s'agit en l'espèce d'une consécration indépendante, sans être une invention jurisprudentielle¹⁷⁷. Ainsi, sous l'influence de principes environnementaux, extérieurs au droit de la responsabilité civile, celui-ci s'ouvre à des valeurs soucieuses des rapports de l'homme à la nature. Mais l'objectivité présente ses limites : d'un point de vue processuel, le défendeur se voit attribué la charge de la réparation du préjudice subi par l'environnement, à savoir la victime qui n'a pas la personnalité juridique. Le préjudice causé à l'environnement se confond avec un préjudice moral subi par le demandeur. Or, « une chose est d'afficher la reconnaissance d'un

¹⁷⁰ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 21

¹⁷¹ TGI Paris, 16 janvier 2008, n°2008-351025

¹⁷² Créé par la loi de reconquête de la biodiversité du 8 août 2016.

¹⁷³ Quand bien même le préjudice écologique était déjà reconnu dans d'autres pays européens, à titre de comparaison, le droit de la responsabilité délictuelle anglaise, centré sur la protection des intérêts privés ne le reconnaît pas en tant que tel. Le droit anglais exige que les associations de protection de l'environnement accède à un juge à la condition d'apporter la preuve qu'elles aient subi concomitamment un dommage, qu'il soit personnellement subi par l'association, ou qu'il s'agisse d'un trouble relatif au terrain dont la partie est le propriétaire ou l'occupant. V. S. TAYLOR, « Law of Torts et préjudice écologique en droit anglais », *Énergie – Environnement – Infrastructure*, n° 8-9, 2016, dossier 13

¹⁷⁴ M. BOUTONNET, « L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Environnement*, n° 1, 2013, étude 2

¹⁷⁵ Il s'agit d'une « atteinte sans répercussion sur un intérêt humain particulier », mais lésant « un intérêt que le droit protège ». M. BOUTONNET, *ibidem*

¹⁷⁶ A l'instar de la reconnaissance de la responsabilité du fait des choses, ou de responsabilité du fait d'autrui.

¹⁷⁷ La doctrine et la Charte de l'environnement qui consacre en son article 4 un devoir de réparation des dommages causés à l'environnement, sont des piliers indéniables de la solution retenue par la Cour de cassation

nouveau préjudice autonome et objectif, une autre est de le réparer en tant que tel ! À défaut c'est nier l'existence même de ce préjudice. » s'indigne ainsi Mathilde Boutonnet. Lors de la détermination du préjudice, il faudrait ne tenir compte que des conséquences de l'atteinte sur l'environnement en tant que tel. Les intérêts économiques et moraux devraient être écartés.

Le champ d'application restreint d'un préjudice écologique inefficace. Puisque l'article 1247 du Code civil exige du préjudice écologique qu'il concerne une « atteinte non négligeable », certains considèrent qu'il a été consacré pour ne concerner que les catastrophes écologiques. Cette portée limitée résulterait de l'action des lobbys, critique fréquemment adressée aux législations environnementales. Selon Dominique Guihal, le législateur a construit à partir des années 2000 des « monstres polymorphes, où chaque branche de l'administration, chaque lobby, devait trouver la récompense de ses efforts, sinon la satisfaction de ses espoirs »¹⁷⁸. De plus, l'article 1248 du Code civil énonce une liste exhaustive¹⁷⁹ de personnes ayant qualité et intérêt à agir en réparation du préjudice écologique. L'accès au juge est donc particulièrement limité.

La preuve exigeante d'un préjudice écologique grave. Rappelons-le, l'une des difficultés relative à la preuve du préjudice écologique tient dans la démonstration de sa gravité¹⁸⁰. Le décret d'application du 26 avril 2009 de la loi du 1^{er} août 2008¹⁸¹ pourrait inspirer les parties dans le cadre de la réparation du préjudice écologique puisqu'il est particulièrement précis quant à la manière dont il convient d'apprécier le degré de l'atteinte à l'environnement en distinguant les atteintes aux sols, à l'eau, aux habitants et aux espèces¹⁸². Certes, ces indications permettent aux parties d'avoir un raisonnement rigoureux et ainsi probablement convaincant, mais la question de l'accessibilité aux données scientifiques se dessine.

¹⁷⁸ D. GUIHAL, T. FOSSIER, et J.H. ROBERT, *Droit répressif de l'environnement*, 5^e édition, Economica, Paris, 2021, p. V

¹⁷⁹ L'article utilise néanmoins l'expression « telle que », ce qui pourrait laisser théoriquement penser que d'autres personnes non mentionnées pourraient agir.

¹⁸⁰ Civ, 3^e, 29 septembre 2016, n°15-20.048 : « Dans le cadre du droit de l'environnement, une réparation ne peut être mise à la charge du défendeur que si le préjudice causé peut être considéré comme grave. En considérant que tout préjudice devait donner lieu à réparation, sans égard à l'existence de gravité, le juge du fond a violé l'article L. 161-1 du Code de l'environnement. »

¹⁸¹ Loi du 1^{er} août 2008 relative à la prévention et réparation des dommages environnementaux

¹⁸² En ce qui concerne les espèces, doivent être pris en compte le nombre d'individus, leur densité, leur rôle, la rareté de l'espèce, la capacité de multiplication de l'espèce, sa viabilité ou encore sa capacité de régénération.

La détermination difficile du préjudice environnemental du fait de son ampleur. Dans le cadre d'une marée noire comme celle de l'Erika, l'atteinte à l'environnement n'est pas discutable. Pour autant, évaluer l'étendue du préjudice en cause est loin d'être évident. Les expertises scientifiques sont à ce titre fondamentales pour réparer le préjudice environnemental. L'arrêt de la CA de Paris dans l'affaire Erika est une illustration de cette appréciation quantitative et qualitative de l'atteinte à l'environnement¹⁸³.

Estimer l'étendue du préjudice écologique. En ce qui concerne l'appréciation du préjudice écologique en tant que tel, et non pour ce qu'il a entraîné économiquement pour une personne, une analyse économique répandue est celle de « l'économie du bien-être » : elle évalue la valeur de l'environnement à partir des choix des agents. Cependant, elle est particulièrement utilitaire car elle repose sur l'attribution d'un coût à la nature en fonction de ce qu'elle procure pour l'homme. A ce titre, dans le cadre d'une application positive du préjudice environnemental, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer, à propos d'une pollution déversée dans une zone humide protégée par le périmètre Natura 2000, que du fait de la particulière sensibilité de l'écosystème en cause, l'infraction commise créait un préjudice direct et certain au milieu aquatique et marécageux. Elle reconnaît l'existence d'un préjudice collectif environnemental lié à l'anéantissement des efforts pour la protection de l'environnement et de la nature menés par l'association au travers de son action pour la protection des zones humides et de sites Natura 2000¹⁸⁴. L'indépendance du préjudice collectif semble donc difficile à réparer en tant que tel.

L'estimation complexe du montant du préjudice écologique. Même une fois le préjudice circonscrit, l'évaluation chiffrée du préjudice s'avère délicate ; raison pour laquelle le préjudice écologique n'est longtemps resté qu'une idée. Une décision de la Cour d'appel de Nouméa du 25 février 2014 témoigne de cette difficulté : la Cour choisit in fine un chiffrage assez

¹⁸³ CA de Paris, 30 mars 2010, n°08/02278 : La cour d'appel constate que la « que la marée noire a touché « les oiseaux marins dans tous les aspects de leur vie » et, pour justifier le montant de la réparation, il se réfère « au nombre d'oiseaux de chaque espèce victimes de la marée noire, mais aussi à la capacité de la nature à se régénérer et, en l'occurrence, de la capacité des espèces d'oiseaux relativement communes à compenser par reproduction leurs pertes accidentelles et, à l'inverse, de la difficulté à rétablir des populations d'oiseaux plus rares ou dont les capacités d'adaptations sont moins grandes »

¹⁸⁴ Crim, 28 mai 2019, n°18-83.290

approximatif¹⁸⁵. Une autre méthode vise à fixer un prix unitaire de remplacement par un organisme détruit : dans l'affaire Erika, le TGI de Paris avait ainsi fixé le prix d'un oiseau mort à 70 euros¹⁸⁶. Pour apprécier l'étendue d'une pollution aquatique, l'on peut aussi examiner la productivité au kilomètre de rivière, la largeur moyenne du cours d'eau, la température de l'eau, l'âge des poissons, la répartition de la biomasse par espèce, et in fine, la valeur marchande des différents poissons¹⁸⁷.

Même une fois le dommage et le préjudice établis, la responsabilité ne peut être engagée à défaut de preuve du lien de causalité entre ces éléments.

Section 2 – Les difficultés liées à l'établissement délicat d'un lien de causalité

Classiquement, un fait peut être qualifié juridiquement de cause dès lors qu'il a significativement occasionné le résultat du dommage. Or en matière environnementale, il est parfois matériellement impossible d'établir un lien certain entre une activité donnée et un préjudice en résultant. Selon Coline Robert, la preuve du lien de causalité en environnement est en réalité « le caillou dans la chaussure de l'avocat »¹⁸⁸. La preuve de ce lien est sans doute

¹⁸⁵ CA Nouméa, 25 février 2014, n° 2010-556, note G. J. Martin et L. Neyret, « Préjudice écologique : première application de l'Eco-nomenclature », D. 2014.669. Une fuite de dizaines de milliers de litres d'acide sulfurique dans une usine de traitement de nickel allait causer d'importants dommages à l'environnement dans un milieu naturel avec un lagon classé au patrimoine mondial de l'humanité. La CA reconnaît le préjudice causé à l'environnement en tant que tel. Celui-ci est qualifié de « grave » du fait de la destruction de toute vie aquatique. Les juges écartent l'argument régulièrement invoqué par les pollueurs consistant à soutenir que le préjudice existe mais est limité dans le temps et dans l'espace, ce qui permettrait ensuite à la nature de se « restaurer ». Alors que les parties civiles avaient suggéré une évaluation forfaitaire du préjudice en fonction du nombre de mètres cubes d'eau de mer pollué, la cour préfère retenir un montant global de plus de 80 000 euros, pour le préjudice causé à l'environnement, et un montant d'environ 50 000 euros, pour les préjudices collectifs causés à l'homme, en se référant à son pouvoir souverain d'appréciation. La cour d'appel ne justifie que partiellement son point de vue en relevant que le préjudice à l'environnement a été causé globalement à un écosystème et à ses fonctions, sans détailler davantage.

¹⁸⁶ TGI Paris, 16 janvier 2008, n°2008-351025

¹⁸⁷ TGI de Tours, 24 juillet 2008, n° 1747 D, *Fédération d'Indre et Loire pour la pêche et la protection du milieu aquatique, Association FNE, et autres parties civiles c/ SAS Synthron*, « Attendu qu'avec une longueur de pollution la plus active sur 4,5 kms, une pente de 2,1 % et une largeur moyenne du lit à 8 mètres, la surface touchée est de 36 800 M² ; qu'au regard de la valeur de reconstitution du mètre carré, selon la méthode dite Léger Huet Arrigon, désormais admise pour 52, 91 euros, la valeur d'habitat représente la somme de 36 800 m² × 52, 91 euros = 1 947 088 euros, à moduler selon l'intérêt patrimonial (1 sur échelle de 10 par rapport à la truite fario), le coefficient d'irréversibilité (0, 375/1 pour tenir compte de la nécessité des migrations de repeuplement pour tenter de s'approcher de l'état antérieur) et la perte de fonctionnalité (toujours sur le comptage de cette population des truites fario, avant et après les événements, 1 710-319=1 391 truites), soit une somme de 138 730 euros. » V. M. BOUTONNET, « Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond » *Environnement*, 2008/10, étude 11.

¹⁸⁸ Intervention de Coline Robert, avocate spécialisée en droit de l'environnement. COUR DE CASSATION, *Justice environnementale, Anciennes techniques procédurales versus nouveaux défis*, Cour de cassation 5 novembre 2020

l'élément le plus difficile à rapporter. En effet, lorsque le lien de causalité n'est pas scientifiquement prouvé en l'état actuel des connaissances, le juriste est appelé à redoubler d'efforts pour combler les difficultés probatoires. Puisque la science a échoué à administrer la preuve, le droit y est alors invité. La question devient donc celle de savoir si le système probatoire sera capable de supporter l'épreuve d'un tel renversement. « Peut-on légitimement prouver en droit, l'improuvable en science ? » s'interroge Alexandre Flückiger¹⁸⁹. Si traditionnellement, l'on considère qu'une cause entraîne directement un résultat certain et immédiat, l'environnement le démentit (§1). Dès lors, des évolutions sont nécessaires pour permettre d'appréhender cette causalité spécifique (§2).

§1 - Le caractère inadapté du lien de causalité face à la dispersion et la multiplicité des causes

Les affres de la causalité. En matière environnementale, la causalité est brouillée par une dispersion des causes. Elle se caractérise ainsi par une causalité complexe¹⁹⁰, diffuse et souvent cumulative¹⁹¹. Elle entre donc mal dans le cadre classique. Comment par exemple établir le lien de causalité entre une pollution atmosphérique et une pathologie multifactorielle comme les maladies respiratoires¹⁹², entre un épandage de pesticides et la survenance de cancers, ou encore, entre l'installation d'antennes 5G, et l'apparition de troubles cognitifs voire d'anomalies génétiques ? Dans certains contentieux, la preuve de la causalité peut se dédoubler. En cas de maladie résultant de l'environnement, la victime doit en principe rapporter par elle-même non seulement la preuve de l'atteinte à l'environnement, mais également la preuve du lien de causalité entre la maladie et cette exposition dommageable. Le caractère ambivalent des données scientifiques est particulièrement important sur ce point. La question de la capacité du juge à manipuler ce type de données se pose alors.

La prise en compte floue de l'incertitude scientifique dans la détermination du lien de causalité. Du fait de ce contexte particulier, certaines décisions montrent que le juge a

¹⁸⁹ A. FLÜCKIGER, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Librairie Droz, 2003, p.107

¹⁹⁰ J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 110

¹⁹¹ Dans le cadre du climat, isoler la part de responsabilité de chacune de entreprises ayant contribué à sa dérégulation n'aurait pas nécessairement beaucoup de sens puisqu'il s'agit avant tout d'une causalité cumulative. J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 115

¹⁹² V. TA de Montreuil, 25 juin 2019, n°1802202, développement réalisé dans la Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

conscience de l'incertitude scientifique propre au contentieux de l'environnement. A ce titre, dans un arrêt rendu le 3 mars 2010¹⁹³, la Cour de cassation était confrontée au pourvoi d'un demandeur contestant, sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil, le risque de pollution des eaux crée par le forage d'un puits dans le voisinage. La Cour de cassation vient rejeter ce risque en se fondant sur le rapport de l'expert judiciaire qui l'excluait formellement. Ainsi, le juge semble considérer qu'en cas d'incertitude scientifique et à défaut de conclusions définitives de l'expert, il aurait pu statuer en faveur de la victime. Mais aucune précision n'est apportée quant au degré susceptible de l'orienter dans cette direction. En l'espèce, l'affirmation scientifique péremptoire de l'expert était atténuée par des recommandations de précaution que les juges ont choisi de ne pas suivre¹⁹⁴.

La preuve difficile de l'imputabilité du dommage du fait d'une causalité incertaine. Si le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice est difficile à prouver, l'imputabilité du préjudice l'est tout autant. En matière pénale, dans le domaine des infractions de rejet en mer de produit polluant, la difficulté tient notamment dans la nécessité de rattacher un rejet polluant à un navire précis¹⁹⁵. De plus, les infractions dépendent des caractéristiques propres au navire¹⁹⁶ ce qui complexifie la possibilité d'engager la responsabilité pénale des responsables. Dans les autres contentieux, les dommages imputés, notamment aux entreprises, sont souvent éloignés dans le temps et dans l'espace par rapport à une activité donnée. Reconnaître qu'une entreprise a participé à la dégradation du climat et qu'elle doit indemniser ceux qui en subissent les conséquences, semble difficile à établir. Mais demander à ce que cette même entreprise participe aux coûts de l'adaptation rendue nécessaire par le changement du climat, occasionné par sa propre activité, semble encore plus éloigné¹⁹⁷.

S'adapter à une responsabilité partagée. Du fait de cette causalité multiple, le mécanisme de la causalité alternative pourrait permettre une meilleure prise en compte de la responsabilité, en particulier des entreprises. Dans le contentieux médical, la Cour de cassation a pu admettre une

¹⁹³ Civ, 3^e, 3 mars 2010, n°08-19.108, note E. BOUCHET LE MAPPIAN, D. 2010.2419

¹⁹⁴ E. BOUCHET LE MAPPIAN, « Le principe de précaution dans un litige entre voisins », D. 2010. 2419

¹⁹⁵ V. Annexe 4 « *Constataion des infractions et éléments de preuve* », de la Circulaire CRIM n° 03-4/ G4 du 1er avril 2003 répression des infractions de pollution des eaux de mers par rejets volontaires des navires.

¹⁹⁶ V. par exemple l'article L. 218-12 du Code de l'environnement : qui prévoit les peines relatives au « navire-citerne d'une jauge brute inférieure à 150 tonneaux ou de tout autre navire d'une jauge brute supérieure ou égale à 400 tonneaux dont la machine propulsive a une puissance installée supérieure à 150 kilowatts ».

¹⁹⁷ J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 108

responsabilité partagée entre plusieurs acteurs économiques¹⁹⁸, en fonction de leurs parts de marché respectives. En matière environnementale, de récentes études¹⁹⁹ semblent permettre d'imputer précisément à certaines entreprises des volumes d'émissions de GES de manière à former un groupe restreint d'entreprises identifiables. En effet, 90 entreprises contribueraient à hauteur de 57% à la hausse de CO₂ dans l'atmosphère²⁰⁰. Aucune juridiction n'a cependant validé cette imputabilité partagée.²⁰¹

Dès lors, une adaptation du droit de la preuve face aux incertitudes scientifiques de la matière semble particulièrement essentielle à son effectivité.

§2 – Une évolution nécessaire vers des techniques de nature à réduire l'incertitude du lien causal

Une évolution juste. « Dans un monde simple où l'on peut isoler les faits et les faire remonter à leur cause unique, il est juste d'exiger un lien de causalité entre un [préjudice] et un acte générateur bien entendu ; mais dans notre société du risque, continuer d'exiger cet isolement, c'est rendre un service à ceux qui profitent des impacts négatifs et qui peuvent facilement échapper aux imputations » déclare le philosophe François Vallaëys²⁰². Dans cette perspective, il s'agira d'envisager dans quelle mesure le mécanisme des présomptions (A) et celui de la causalité fondée sur la probabilité (B) peuvent s'avérer utiles.

¹⁹⁸ Cass, 1^{er}, 24 septembre 2009, n°08-10.081 et n°08-16.305 : La Cour de cassation s'est fondée sur un mécanisme de causalité alternative pour appréhender les dommages causés par le diéthylstilbestrol, un médicament avec une molécule distribuée par deux sociétés pharmaceutiques. La Cour a considéré que lorsque la victime parvenait à prouver qu'elle avait été en contact avec la molécule défectueuse, la responsabilité solidaire des deux sociétés pharmaceutiques pouvait être engagée, quand bien même elle reposait sur une fiction car il était scientifiquement impossible de démontrer que l'une ou l'autre était à l'origine du dommage. La Cour de cassation retient ainsi que le lien de causalité n'est pas égal à 50% mais à 100%.

¹⁹⁹ B. EKWURZEL, J. BONEHAM, M.W. DALTON, R. HEEDE, R.J. MERA, M.R. ALLEN, P.C. FRUMHOFF, *The rise in global atmospheric CO₂, surface temperature, and sea level, from emissions traced to major carbon producers : Climatic Change*, 2017 : "Recent findings that nearly two-thirds of total industrial CO₂ and CH₄ emissions can be traced to 90 major industrial carbon producers have drawn attention to their potential climate responsibilities." <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10584-017-1978-0.pdf>

²⁰⁰ V. Annexe n°2

²⁰¹ Au demeurant, la conclusion de l'étude est bien celle-ci : « Assigning responsibility for climate change is a societal judgment, one that can be informed by but not determined through scientific analysis. » (p.9)

²⁰² Introduction de son intervention au colloque organisé par la Cour de cassation. COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

A. Les atouts des présomptions

La compatibilité des présomptions postulat à l'environnement. Dans l'hypothèse où un doute persiste, le juge peut se fonder sur un postulat pour orienter sa décision²⁰³. Plusieurs textes en dehors de la matière environnementale déterminent directement ou indirectement qui devra supporter les conséquences d'un doute persistant : le doute profite à l'accusé en matière pénale au nom de la présomption d'innocence²⁰⁴, le doute profite au salarié dans le contentieux du licenciement pour cause réelle et sérieuse²⁰⁵ et dans un domaine plus proche de la matière environnementale, le doute profite au transfusé contaminé en matière de santé²⁰⁶. Dans le contentieux de l'amiante, la jurisprudence a établi une présomption simple de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie ou le décès²⁰⁷. En matière environnementale, où l'incertitude scientifique est reine, ne faudrait-il pas poser un principe selon lequel le doute devrait profiter aux victimes ou à la Nature elle-même²⁰⁸ ? Certains auteurs l'envisagent et fondent cette présomption sur le principe de précaution²⁰⁹.

L'utilisation modérée des indices graves, précis et concordants dans le contentieux environnemental. Ainsi, le juge pourrait faciliter la tâche de la victime grâce au mécanisme des présomptions du fait de l'homme ou présomptions judiciaires²¹⁰. Dans un arrêt du 18 mai 2011²¹¹, la troisième chambre civile rappelle d'abord que le succès d'une action en responsabilité implique que soit rapportée la preuve du lien de causalité et explique que celui-

²⁰³ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve » p.18, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

²⁰⁴ Garantie par l'article 9 de la DDHC, l'article préliminaire du CPP et l'article 9-1 du Code civil

²⁰⁵ Article L. 1235-1 alinéa 5 du Code du travail, « Si un doute subsiste, il profite au salarié. »

²⁰⁶ La Cour de cassation opère ainsi un revirement ce qui permet d'en déduire que la certitude juridique, relative, peut s'écarter de la certitude scientifique, pour faire bénéficier les victimes du doute. « Si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ». Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 06-14.952, n° 06-10.967 et n° 06-18.848, note I. GALLMEISTER, « Lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B » D. 2008.1544

²⁰⁷ Civ, 2^e, 7 mai 2009, n°08-13.591

²⁰⁸ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve » » p.19, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

²⁰⁹ D'autres mettent en garde contre une telle automaticité : Mustapha Mekki critique un tel raisonnement en ce qu'il pourrait être dangereux car il transformerait un principe d'action en une règle d'abstention. M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

²¹⁰ Article 1382 du Code civil. La présomption judiciaire consiste pour le juge à tenir pour acquis un fait rendu vraisemblable en raison d'indices concordants. Cette présomption est judiciaire en ce qu'elle est laissée « à l'appréciation du juge ».

²¹¹ Civ, 3^e, 18 mai 2011, 10-17.645, note M. BOUTONNET, « Les présomptions un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité ». D. 2011.2089

ci ne suppose pas une « preuve scientifique » et « peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes ». Donc le juge du fond dispose en principe d'une grande liberté, qui pourrait être mise au service de la victime. En l'espèce, l'action avait été engagée par un éleveur dont les animaux avaient contracté des maladies qu'il attribuait à une ligne de haute tension, du fait des champs électromagnétiques traversant ses champs. La Cour de cassation rejette le pourvoi : la preuve d'un lien entre le risque causé par la ligne et le préjudice éprouvé étant jugée insuffisante. La Cour refuse de baisser le niveau d'exigence de certitude scientifique pour permettre de considérer comme juridiquement vrai ce qui est scientifiquement trop incertain. Si la solution semble justifiée en théorie, la preuve semble extrêmement difficile à apporter en pratique²¹². Comme le synthétise Mathilde Hautereau-Boutonnet, cet arrêt donne « le sentiment qu'en l'absence de présomption de droit mettant fin à la controverse scientifique, celui qui ne peut convaincre le juge de l'existence d'un minimum de certitude scientifique source de présomptions caractérisées » échoue²¹³. Les présomptions paraissent donc fragiles en ce qu'elles dépendent de la place que la vérité scientifique occupera dans le raisonnement judiciaire, alors même que celle-ci est relative et peut faire l'objet d'appréciations diverses. Puisque le juge du fond dispose d'une marge d'appréciation importante, la Cour de cassation aura tendance à se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, sans contrôler la motivation.

La reconnaissance singulière d'un lien de causalité par un raisonnement a contrario fondé sur une présomption de fait. Indépendamment de présomptions reposant sur des indices graves, précis et concordants, les tribunaux concluent parfois à l'existence d'un lien de causalité par un raisonnement fondé sur la constatation de l'absence de toute autre circonstance de nature à expliquer la survenance du dommage. Cette solution avait notamment été appliquée pour indemniser les dégâts causés au sol par des déflagration – des « bangs » - produite par des

²¹² Note M. BOUTONNET, « Les présomptions un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité ». D. 2011.2089

²¹³ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Quelle place pour le « risque de la preuve » en droit de l'environnement ?*, p. 86 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

aéronefs circulant à une vitesse supersonique²¹⁴. Dans une autre espèce, une cour d'appel²¹⁵ considérait que la mort d'un cheval devait être imputée à l'épandage de boue d'une station d'épuration sur une parcelle à proximité du pâturage de l'animal parce qu'il n'y avait aucune autre cause permettant d'expliquer ce dommage. Certes, la présomption de fait semble particulièrement avantageuse, mais elle trouve ses limites en cas de causalité scientifique incertaine.

Vers une présomption de responsabilité de l'Etat fautif. A l'avenir, la consécration de présomptions environnementales pourrait permettre une meilleure appréhension des préjudices environnementaux. Certains auteurs proposent ainsi l'instauration d'une présomption de causalité entre la carence établie de l'Etat, et les préjudices causés à l'environnement ou aux personnes. Cela bénéficierait aux victimes les plus vulnérables face à la dégradation de l'environnement²¹⁶. Certes, le lien de causalité entre une pathologie respiratoire et la carence de l'Etat dans le maintien de seuils acceptables de pollution atmosphérique est distendu, mais ces éléments n'en demeurent pas moins liés²¹⁷. Au demeurant, les juges britanniques ont pu reconnaître le lien de causalité entre la pollution londonienne, l'inaction des pouvoirs publics et le décès d'une petite fille de neuf ans²¹⁸.

Au-delà de l'établissement de présomptions plus utiles, le droit devrait sans doute adopter un raisonnement davantage fondé sur la probabilité pour permettre l'effectivité de la preuve du lien de causalité en matière environnementale.

²¹⁴ Civ, 2^e, 13 octobre 1971, n°70-12.602, « la décision énonce qu'aucune cause susceptible d'amener un effondrement de l'immeuble n'ayant été relevée, il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de déduire que le dommage était en relation directe avec les "bangs" ».

²¹⁵ CA Caen, 13 janv. 2005, cité dans M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Responsabilité civile environnementale », *Répertoire de droit civil*, novembre 2019, actualisation mai 2021 ; V. aussi TGI Angers, 13 janv. 1997, n° 9500885 : il importe « peu de connaître avec précision le ou les "principes toxiques" ayant provoqué la mort ou la maladie des veaux (...) dès lors que ce dernier ne peut provenir *que* de la pollution de l'eau absorbée par les vaches mères » et que « la chose était présumée être la cause génératrice du dommage dès lors qu'il est établi, comme en l'espèce, qu'elle a contribué à la réalisation du dommage »

²¹⁶ D. ROMAN, *La cause des droits : écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2021, p.249

²¹⁷ V. TA de Montreuil, 25 juin 2019, n° 1802202, développement réalisé dans la Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²¹⁸ La carence fautive de l'Etat britannique à réduire la pollution aérienne et les risques pour la santé publique avait été relevée. Soulignant les conséquences particulièrement défavorables pour les personnes vulnérables comme les enfants, le tribunal reconnaît ainsi le lien de causalité. Royaume-Uni, Administrative Court, in *R (ClientEarth) n°3 v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs and others* 2018 EWHC 315, J. Garnham, §5 : <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/02/clientearth-no3-final-judgmentdocx.pdf>

B. Vers une nouvelle causalité probabiliste

La multiplicité des causes scientifiques. Pour prendre la mesure de l'écart entre le domaine traité et le droit de la preuve applicable, sans doute faut-il revenir à des considérations scientifiques. En épidémiologie²¹⁹, la causalité est une notion spécifique et polysémique. On distingue ainsi la causalité étudiée au niveau d'une population²²⁰ qui s'appuie sur une définition probabiliste - les causes envisagées sont appréhendées comme des conditions ni nécessaires, ni suffisantes – de la causalité individuelle qui s'intéresse à l'exposition globale d'un individu à divers éléments. La superposition de ces causalités rend l'établissement d'un lien certain entre un élément et sa conséquence particulièrement difficile. Marcel Goldberg²²¹, épidémiologiste, explique que selon la conclusion que l'on cherche à démontrer, la démarche variera. Par exemple, pour démontrer les effets bénéfiques d'un médicament ou d'un vaccin, on utilisera la voie des expériences, tandis que si l'on cherche à démontrer qu'il existe un facteur potentiellement pathogène - la voie de l'expérience étant exclue, et l'exposition des individus à ce facteur n'étant pas contrôlable - on retiendra une démarche observationnelle. L'interprétation sera donc bien plus prudente car un nombre important de facteurs peuvent faire varier le résultat. Diverses méthodes sont ainsi utilisées telle que celle de la reproductibilité de la théorie, l'étude du rapport entre l'exposition et le résultat, la considération de la temporalité²²² ou encore la plausibilité scientifique²²³. Dès lors, malgré l'absence de preuve absolue, la conviction temporaire des scientifiques se forge sur un faisceau d'arguments, sur différents éléments en faveur d'une hypothèse. Ils recourent ainsi à un jugement probabiliste pour apprécier la

²¹⁹ Il s'agit du domaine de recherche biomédicale qui cherche à évaluer les relations entre des facteurs d'exposition d'une part, et des maladies d'autre part, directement chez les humains.

²²⁰ Par exemple, il s'agit d'étudier les rapports entre les fumeurs et l'apparition d'un cancer du poumon. La causalité ne sera pas systématique, pour autant, il est avéré que le tabac est bien cancérigène.

²²¹ D'après son intervention au colloque organisé par la Cour de cassation. COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

²²² La temporalité consiste à considérer que la cause, à savoir l'exposition à un élément, précède son effet. Mais cela peut être difficile à appréhender. Par exemple, lorsqu'on étudie les effets d'un médicament : est-ce parce qu'un individu est malade qu'il prend un médicament, ou est-ce parce qu'il a pris ce médicament qu'il en devient malade ?

²²³ Cette méthode peut être discutable puisque pour certains produits, le raisonnement intuitif ne sera pas exact. Par exemple, il semble contre-intuitif de penser que l'exposition à des doses très faibles de perturbateurs endocriniens aura des conséquences plus importantes que l'exposition à des doses plus fortes. Pourtant, il semble que ce soit bel et bien le cas. En effet, les perturbateurs endocriniens sont des substances chimiques qui dérèglent le fonctionnement hormonal. Leur prise en compte est récente et complexe et laisse à penser qu'une exposition répétée à de faibles doses serait en réalité plus néfaste qu'une exposition importante unique. V. notamment le site du gouvernement relatifs aux informations de santé : <https://www.sante.fr/les-perturbateurs-endocriniens-2>

vraisemblance de l'origine d'une maladie par exemple²²⁴. Il faut donc accepter que l'imputation certaine de la maladie d'une personne à un facteur spécifique est impossible : l'imputabilité individuelle ne peut être que probabiliste²²⁵.

Le recours nécessaire au modèle probabiliste en droit. Selon Corinne Lepage, il faut « indéniablement passer d'un modèle déterministe à un modèle probabiliste »²²⁶. Il serait « regrettable que le doute scientifique alimente systématiquement une frilosité juridique » souligne Philippe Brun²²⁷. Le juge est donc amené à traduire juridiquement ce doute scientifique, et à se contenter d'une probabilité raisonnable.

L'application possible des probabilités en droit. La sélection des causes consiste pour le juge à choisir dans la chaîne des causalités, celle qu'il considère comme juridiquement causale²²⁸. Dans cette théorie d'équivalence des conditions ou des causes, chaque fait générateur est causal car la chaîne de causalité repose sur l'ensemble des éléments. Si l'une des causes disparaît, alors le dommage ne se produit pas. Comme l'observe Etienne Vergès, ce choix peut être guidé par une différence de gravité des causes, par l'intervention volontaire d'un événement, mais aussi par de simples considérations morales. Dans l'affaire AZF²²⁹, la Cour de cassation opère une sélection explicite des causes et considère qu'il « n'existait pas de lien de causalité entre la décision d'arrêter la production du phosgène sur ce site et l'explosion »²³⁰. Le juge s'écarte ainsi des faits, puisque c'est bien l'explosion provoquée par une usine, qui a occasionné des dégâts importants pour l'ensemble du site industriel regroupant plusieurs usines chimiques

²²⁴ Au-delà d'un certain seuil, puisqu'il y a tel pourcent de chance pour que le facteur soit la cause de telle maladie, les scientifiques admettent qu'il s'agit de l'origine effective

²²⁵ M. GOLDBERG, *op.cit.*

²²⁶ « Cela serait parfaitement compatible avec le principe de prévention et de précaution qui sont à la base de notre constitution ». COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

²²⁷ Intervention de Philippe Brun au colloque de la Cour de cassation. COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

²²⁸ E. VERGES, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », p. 153, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

²²⁹ Cass, 2^e civ, 17 juin 2010, n°09-13.583

²³⁰ Quand bien même l'explosion avait causé un arrêt temporaire de la production, c'était un acte de volonté de l'Etat, en tant qu'actionnaire principal de la société de production, qui avait entraîné l'arrêt définitif du phosgène.

mitoyennes, dont celle en cause productrice de phosgène. Donc sans l'explosion, on aurait pu imaginer que la production de phosgène se poursuive.

Les qualités du principe de précaution. Le principe de précaution est imprégné de cette logique probabiliste et permet en principe de faciliter la preuve du lien de causalité dans le cadre de l'incertitude scientifique. Alors que le principe de prévention vise à empêcher les préjudices dont le rapport de causalité avec le fait générateur du dommage est scientifique prouvé²³¹, le principe de précaution permet quant à lui d'adopter des mesures préventives, même si le lien de causalité n'est pas scientifiquement prouvé²³². La précaution n'est pas complètement abstraite, elle exige un certain seuil minimal de scientificité²³³. Ceci peut produire des débats délicats car les avis scientifiques minoritaires doivent pouvoir être pris en considération. Ni la preuve de la nocivité du produit, ni celle de son contraire ne peuvent pleinement satisfaire en ce qu'il reste une part de doute. C'est donc à partir de ce constat que le juriste doit adapter son raisonnement en prenant en considération non plus une exigence de certitude, mais une probabilité, précisément dans une démarche de précaution. Le principe de précaution peut être appréhendé selon certains auteurs comme un « principe directeur ». En tant que tel, ce principe pourrait « irradier l'ensemble des branches du droit »²³⁴ en particulier le droit civil.

Un débat potentiellement évitable. Selon cette logique probabiliste, s'il est nécessaire de prêter attention au risque présenté par un produit, c'est bien que celui-ci est par nature considéré comme dangereux. Pourquoi donc ne pas plutôt interdire ce produit réputé ou supposé nocif²³⁵, sans instaurer un régime d'autorisation qui complexifie grandement la preuve. Jusqu'à la preuve de l'absence de nocivité du produit, son interdiction temporaire pourrait être envisagée²³⁶. Laurent Fonbaustier rappelle que « l'Etat est encore et toujours celui qui, tout à la fois délivre des autorisations de polluer, et se porte garant de la protection de l'environnement »²³⁷.

²³¹ La probabilité de l'hypothèse scientifique à la base de la mesure prévention est certaine et la probabilité de l'évènement est calculable.

²³² La probabilité de l'hypothèse qui fonde une mesure préventive est incertaine, et la probabilité de l'évènement n'est pas quantifiable.

²³³ A. FLÜCKIGER, *op.cit.*, p.112

²³⁴ TGI Nevers, 22 avr. 2010, n° 10/00180 qui parle de « principe général de précaution ».

²³⁵ A. FLÜCKIGER, *op.cit.*, p.119

²³⁶ V. P. MARTIN-BIDOU, Cours magistral de droit de l'Environnement 2021.

²³⁷ L. FONBAUSTIER, *op.cit.*, p. 125.

Le recours à une causalité fondée sur des corrélations statistiques au Japon. Certains pays choisissent d'admettre cette causalité probabiliste, fondée sur des corrélations. Même si aucun lien direct entre un facteur de pollution et la maladie respiratoire d'une personne ne peut être établi, les juges japonais admettent de reconnaître le taux excessif de pollution comme cause ayant entraîné la survenance de certaines maladies²³⁸. La difficulté réside ensuite dans la répartition de cette responsabilité parmi plusieurs entreprises ayant pu y contribuer.

Le procès environnemental en responsabilité regroupe des difficultés probatoires certaines, qui sont parfois distinctes de celles présentées dans le recours administratif contre la légalité des actes.

Chapitre 2 – Une incertitude scientifique empêchant de faire la preuve dans le cadre du procès environnemental de la légalité

Au sein du contentieux visant à contester la légalité des actes administratifs, certaines difficultés probatoires sont propres au contentieux du provisoire (Section 1), tandis que d'autres sont relatives au recours portant sur le fond (Section 2).

Section 1 – Les difficultés relatives à la preuve de l'urgence dans le cadre du recours en référé

L'absence de recours à la preuve de l'extrême urgence. Appréciée plus strictement que la condition d'urgence requise pour mettre en œuvre le référé suspension, la condition d'extrême d'urgence est l'une des conditions du référé liberté²³⁹. En pratique, celui-ci n'est guère utilisé en matière environnementale. Le droit à vivre dans un environnement sain et respectueux de la santé consacré à l'article 1er de la Charte de l'environnement n'a pas été reconnu comme liberté fondamentale au sens de la procédure de référé-liberté. Devant la CEDH, c'est sur le fondement du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Conv. EDH, que certains Etats ont pu être condamnés du fait par exemple de la proximité d'une station d'épuration dégageant des odeurs pestilentielles²⁴⁰, ou encore du fait de la contamination d'un réseau d'approvisionnement en eau²⁴¹. Pourtant dans l'absolu, le référé-liberté pourrait se révéler un

²³⁸ J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 114

²³⁹ Article L. 521-2 du CJA

²⁴⁰ CEDH 9 décembre 1994 *Lopez Ostra contre Espagne*, n°16798/90

²⁴¹ CEDH 4 septembre 2014, *Dzemyuk contre Ukraine*, n°42488/02

atout pour les plaideurs car le juge administratif dispose de pouvoirs importants pour faire cesser immédiatement l'atteinte à la liberté en cause, et ce dans un délai particulièrement bref²⁴².

La preuve rarement admise de l'urgence. Dans le cadre du référé suspension, le juge doit apprécier la satisfaction de la condition de l'urgence pour autoriser la suspension de l'autorisation administrative. Selon une appréciation globale des intérêts en présence, il est conduit à mettre en balance l'urgence de la suspension, face à l'urgence à l'exécution invoquée par l'administration. Dans un arrêt *préfet des Alpes-Maritimes*²⁴³, le Conseil d'Etat consacre cette appréciation globale pour annuler l'ordonnance du juge des référés ayant prononcé à la demande d'associations de protection de l'environnement la suspension d'un arrêté préfectoral autorisant une société à exploiter un centre de stockage de déchets ménagers. Le Conseil d'Etat déclare que l'urgence devait s'apprécier globalement et objectivement, et le juge des référés devait prendre en compte les conséquences de l'arrêté litigieux sur l'environnement mais également les conséquences de cette suspension sur l'élimination des déchets du département. Le Conseil d'Etat fait alors prévaloir la protection de la salubrité publique sur le respect de l'environnement. Certaines décisions du juge des référés ont pu toutefois trancher en faveur de l'environnement²⁴⁴. Très récemment, le TA de Pau²⁴⁵ a suspendu l'arrêté du 11 mars 2022 par lequel le préfet des Pyrénées-Atlantiques a fixé les périodes d'ouverture de la pêche en eau douce pour les espèces migratoires qui autorisait la pêche aux engins et filets des saumons, aloses et lamproies – dont les populations s'effondrent - dans l'Adour. « C'est une première depuis des siècles » triomphent les associations²⁴⁶. Néanmoins, en pratique, le référé suspension est moins fréquemment utilisé que le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif

²⁴² L'article L. 521-2 du CJA prévoit que le juge statue dans un délai de 48 heures à compter de sa saisine.

²⁴³ CE, section, 28 février 2001, préfet des Alpes Maritimes, requête n°229562, *Lebon* 110

²⁴⁴ Pour une application en faveur de l'environnement du référé suspension, l'on pourra néanmoins citer la suspension de la décision d'envoyer en Inde un porte-avions afin de procéder à son désamiantage. CE, 15 février 2006, *Association Ban Asbestos France*, n°288801

²⁴⁵ TA de Pau, 22 avril 2022, n°2200597. Sur la caractérisation de l'urgence, le juge des référés considère que « Cet arrêté, d'application immédiate dispose alors, compte tenu des éléments versés au dossier et relatifs au statut de conservation des espèces précitées, des effets potentiellement importants sur leur conservation, de sorte qu'il porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate aux intérêts que les associations requérantes défendent, dont la conservation ne saurait attendre le jugement au fond. »

²⁴⁶ V. Annexe 4, texte surligné en jaune. « 16 associations obtiennent la suspension des arrêtés annuels de pêche aux engins et filets des migrateurs du bassin de l'Adour fluvial pour aloses, lamproies et saumons », Communiqué de presse publié le 25 avril 2022.

car comme nous l'aurons perçu, il est très difficile de justifier du critère de l'urgence.²⁴⁷ Olivier le Bot suggère de créer une présomption d'urgence dans la jurisprudence ou dans la loi, par exemple lorsque la demande de suspension est dirigée contre une autorisation d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE)²⁴⁸. L'auteur insiste sur le potentiel du référé mesures-utiles qui n'est pour l'heure, pas exploité en contentieux de l'environnement car il repose notamment sur l'identification d'une obligation d'agir pour l'autorité publique.

L'assouplissement partiel des exigences probatoires dans le cadre des référés spéciaux en matière de protection de la nature et de l'environnement. Trois référés spéciaux ont été prévus²⁴⁹ par dérogation au droit commun du référé suspension du fait des situations irréversibles en cause. Pour cette raison, ils ne sont pas soumis à la condition d'urgence. La suspension est donc de droit dès lors que certaines conditions sont remplies²⁵⁰. Dans le cadre d'une demande de suspension d'une autorisation d'un projet d'aménagement par une collectivité publique, prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur, le juge des référés ne fera droit à cette demande que si elle permet de faire état d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision²⁵¹. Or le juge des référés conserve la possibilité, même si ce doute est caractérisé, de refuser de faire droit à la requête si la suspension porterait gravement atteinte à l'intérêt général. S'agissant de la suspension d'arrêtés modifiant la circulation aérienne à l'approche de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle : le Conseil d'Etat considère

²⁴⁷ S. BOURGES, « Les stratégies des ONG : Retour d'expérience de France Nature environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

²⁴⁸ O. LE BOT, « Le contentieux administratif, au service de l'environnement », p. 54, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

²⁴⁹ Le référé « étude d'impact », le référé « enquête publique », le référé « évaluation environnementale ».

²⁵⁰ L'article L. 554-11 et L. 554-12 du CJA prévoient deux procédures spécifiques. La première concerne la décision de suspension d'une autorisation ou d'une décision d'approbation d'un projet d'aménagement entrepris par une collectivité publique. Cette première disposition concerne les projets d'aménagements soumis à une étude d'impact. (CE, 13 juillet 2007, *Syndicat intercommunal pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères de la région de Tournan-en-Brie*, n°294603, AJDA 2007.1443) La seconde est relative à la décision de suspension d'une décision d'aménagement soumise à une enquête publique préalable. Deux situations sont envisagées : s'il existe un avis défavorable du commissaire-enquêteur ou de la commission d'enquête d'une part, ou s'il n'y a pas eu d'enquête publique ou de participation du public d'autre part, le requérant peut former un recours en référé sans condition d'urgence.

²⁵¹ CE, 18 oct. 2013, *Centre national d'information indépendante sur les déchets et a.*, n° 366508, (rejet)

qu'une telle suspension compromettrait la continuité et la sécurité du trafic aérien et porterait une atteinte particulièrement grave à l'intérêt général, au détriment de l'environnement²⁵².

Ainsi si les procédures de référés présentent l'avantage de permettre la cessation rapide des troubles invoqués, elles sont limitées par les difficultés probatoires. Dans le cadre des recours au fond contre la légalité des décisions, cette dynamique se retrouve.

Section 2 – Les difficultés relatives à la preuve dans le cadre du recours au fond

L'intérêt probatoire des études d'impact en amont du contentieux. L'objectif de l'étude d'impact est simple : éviter qu'une construction ou un ouvrage justifié économiquement ou du point de vue des intérêts immédiats du constructeur, ne se révèlent ultérieurement néfaste ou catastrophique pour l'environnement²⁵³. Ces études d'impact expriment techniquement les exigences du principe de prévention et peuvent avoir des conséquences importantes sur la décision administrative permettant d'autoriser une activité. Le code de l'environnement prévoit, arbitrairement²⁵⁴ selon certains, une dispense d'étude d'impact automatique, pour certains types de travaux²⁵⁵. D'un point de vue probatoire, l'étude d'impact présente l'intérêt de prendre en considération les effets directs sur l'environnement, le climat, la vulnérabilité du changement climatique ou encore sur la santé, mais également les effets secondaires et cumulatifs à court, moyen ou long terme sur l'environnement²⁵⁶. La généralisation des études d'impact, en ce qu'elle constitue un « instrument typique qui permet l'organisation du débat entre les vérités scientifiques, politiques et administratives »²⁵⁷, pourrait être perçue comme un moyen de mieux appréhender l'incertitude scientifique. Cependant, les actes préparatoires²⁵⁸ ne peuvent faire l'objet d'un recours administratif²⁵⁹. Or, il pourrait être utile d'intervenir le plus tôt possible

²⁵² CE, section, 16 avril 2012, Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres, n°355792, *Lebon*.

²⁵³ M. PRIEUR, *op.cit.*, n°130, p. 98

²⁵⁴ En pratique, ces travaux peuvent considérablement modifier un ouvrage et avoir des effets graves sur l'environnement. M. PRIEUR, *op.cit.*, n°145, p. 105

²⁵⁵ Article R. 122-2- II du Code de l'environnement : Sauf dispositions contraires, les travaux d'entretien, de maintenance et de grosses réparations, quels que soient les projets auxquels ils se rapportent, ne sont pas soumis à évaluation environnementale.

²⁵⁶ M. PRIEUR, *op.cit.*, n°153, p. 112

²⁵⁷ G. MARTIN, « La « vérité » scientifique à l'épreuve du droit – L'exemple du droit de l'environnement », in JJ. Sueur (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 15-25

²⁵⁸ Particulièrement les enquêtes publiques et les études d'impact en matière environnementale.

²⁵⁹ CE 9 juill. 2003, *Société générale de Brasserie*, n° 248828

pour espérer mettre fin à une illégalité contenue dans ces actes préparatoires, sans attendre une décision finale²⁶⁰.

L'appréciation sévère des « éléments au soutien des allégations » des parties. Les effets du changement climatique sont connus de longue date. Pourtant, dans divers contentieux, le Conseil d'Etat a pu considérer que les requérants n'apportaient « aucun élément », au soutien de leurs prétentions, en particulier lorsqu'il s'agissait de la construction d'autoroute²⁶¹. Le CE a pu par ailleurs refuser d'entendre les arguments des associations de défense de l'environnement malgré des informations contradictoires : alors que les prévisions relatives au trafic routier étaient présentées comme « faibles » lorsqu'il s'agissait d'envisager l'impact de l'autoroute sur les émissions de GES, ce même trafic routier était considéré comme élevé lorsqu'il s'agissait d'évaluer la rentabilité de la concession autoroutière²⁶². A l'heure actuelle, cette autoroute est toujours aussi sous-fréquentée et la rentabilité de la concession peine à s'installer²⁶³. La faiblesse du contrôle opéré par le Conseil d'Etat sur les éléments probants apportés par les associations est ainsi particulièrement mise en exergue.

L'exigence élevée de la preuve d'une atteinte excessive à l'environnement expliquant la défaveur pour celui-ci du contentieux du contrôle des opérations d'aménagement. Comme dans le cadre du référé, le juge administratif est amené à exercer un contrôle du « bilan coûts avantages » sur les opérations d'aménagements²⁶⁴. Il confronte d'une part l'intérêt public qui s'attache à la réalisation de cette opération, et d'autre part, l'ensemble des autres intérêts publics et privés auquel elle porte atteinte. Lors de son introduction, la technique du bilan apparaissait comme un instrument prometteur pour la protection de l'environnement. Pourtant, force est de

²⁶⁰ O. LE BOT, « Le contentieux administratif, au service de l'environnement », p. 47, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

²⁶¹ CE 25 mai 1998 *Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes* n°159385

²⁶² CE 21 mai 2008 *Fédération SEPANSO* N°301688 : dans le cadre de la théorie du bilan, le CE considère que « si les requérantes affirment que [l'aménagement d'une autoroute] contribuera à accélérer les changements climatiques qu'elle détruira des zones précieuses du point de vue de la biodiversité, qu'elle consommera d'importantes ressources naturelles et que son coût social sera élevé, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en regard aux précautions prises pour en limiter les effets, les inconvénients effectifs de cette opération puissent être regardés comme excessifs par rapport à l'intérêt qu'elle présente ».

²⁶³ V. D. RICHARD « L'A 65 Langon-Pau devient rentable, mais son trafic ne décolle pas... », publié le 8 mai 2017 dans le journal Sud-Ouest

²⁶⁴ CE, Assemblée, 28 mai 1971 *Ville Nouvelle Est* ; CE Assemblée, 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*.

constater qu'en l'espace de cinquante ans, les sanctions d'opérations n'intégrant pas suffisamment les intérêts environnementaux sont demeurées particulièrement rares. Deux explications pourraient être avancées. D'abord, seule une atteinte excessive à l'environnement peut remettre en cause l'utilité publique d'une opération. Ensuite, tous les intérêts en présence n'ont pas un poids égal dans la balance. De manière générale, le Conseil d'Etat choisit de faire prévaloir les intérêts économiques et sociaux, plutôt que l'intérêt environnemental, en particulier pour les opérations de grande envergure. Dès lors, l'atteinte grave portée à l'environnement ne prévaut pas face à la construction d'une autoroute²⁶⁵, tandis que l'atteinte plus modérée à l'environnement l'emporte face à un projet de lotissement²⁶⁶. D'après cette jurisprudence, l'atteinte à l'environnement ne semble être qu'un inconvénient, devant s'effacer devant la nécessité économique d'une opération²⁶⁷. En tout état de cause, il ne s'agit donc pas d'une conciliation des intérêts en présence, mais plutôt d'une validation des priorités établies par l'administration, sauf disproportion manifeste.

Les difficultés probatoires propres au contentieux volumineux du « droit à un air pur ».

Alors que les ravages de la pollution atmosphérique sur la santé publique sont chiffrés²⁶⁸, et plus qu'avérés²⁶⁹, différentes actions ont été menées pour obtenir la mise en place de nouvelles politiques publiques articulées autour de la directive européenne du 21 mai 2008 sur la qualité

²⁶⁵ CE, 7 décembre 1979, Association fédérative régionale pour la protection de la nature, n° 11081, *Lebon* : « Les inconvénients du tracé retenu pour la construction d'une déviation à Selestat, qui tiennent notamment aux atteintes portées à l'environnement, aux risques de perturbation des déplacements de la faune et au prélèvement de terres affectées à l'agriculture, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt public que présente l'opération ».

²⁶⁶ CE, 9 décembre 1977, *Ministre de l'équipement c/ Weber*, à propos d'un projet susceptible de nuire à un site protégé.

²⁶⁷ O. LE BOT, « Un procès administratif adapté à la protection de l'environnement ? », M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

²⁶⁸ Selon une étude publiée par Santé publique France, *Impacts de l'exposition chronique aux particules fines sur la mortalité en France continentale et analyse des gains en santé de plusieurs scénarios de réduction de la pollution atmosphérique*, en juin 2016, l'air pollué serait responsable en France d'environ 48 000 morts par an, en particulier du fait de la présence de particules fines issues de la combustion d'énergies fossiles. <https://www.santepubliquefrance.fr/determinants-de-sante/pollution-et-sante/air/documents/rapport-synthese/impacts-de-l-exposition-chronique-aux-particules-fines-sur-la-mortalite-en-france-continentale-et-analyse-des-gains-en-sante-de-plusieurs-scenarios>

²⁶⁹ D'autres études plus récentes affirment que ce chiffre est largement sous-évalué : la pollution de l'air serait responsable en France de 100 000 morts prématurées soit 17.3% des décès, soit le double des chiffres annoncés dans les communications institutionnelles. V. S. MANDARD, « Un décès sur cinq dans le monde serait lié à la pollution de l'air, *Le Monde*, 9 février 2021, citant une l'étude de K. VOHRA et al., « Global mortality from outdoor fine particle pollution generated by fossil fuel combustion : Results from GEOS-Chem », *Environmental Research*, vol. 195, 2021 publiée par des chercheurs des universités d'Harvard et Birmingham, Leicester et Londres

de l'air ambiant²⁷⁰. En raison du dépassement systématique des seuils limites dans plusieurs dizaines d'agglomérations françaises depuis 2010, la France a été condamnée par la Commission européenne²⁷¹. Par la suite, des associations de défense de l'environnement ont obtenu du Conseil d'Etat en 2017 l'annulation du refus du gouvernement de prendre les mesures destinées à ramener ces seuils de pollution aux niveaux conformes à la directive européenne²⁷². Néanmoins, ce n'est qu'une victoire partielle. En dehors du contentieux de la légalité, les juges du fond ont rejeté à l'été 2019 quatre pourvois²⁷³ cherchant à engager la responsabilité de l'Etat, malgré la carence fautive de celui-ci. Dans ces quatre espèces, la responsabilité étatique n'est pas engagée faute de caractérisation du lien de causalité entre les pathologies respiratoires des requérants et la carence pourtant reconnue²⁷⁴. Toutefois la CAA de Paris, sans remettre en cause radicalement l'analyse du TA, rend un arrêt avant dire droit en ordonnant une expertise afin de permettre au juge de disposer d'éléments utiles à l'appréciation de l'état de santé du requérant. Il sera donc bien question d'une réévaluation du lien de causalité ce qui pourrait permettre dans les contentieux relatifs à la qualité de l'air d'éviter un échec systématique des recours contre l'Etat, en permettant une discussion sur ce point²⁷⁵.

En somme, l'ensemble de ces contentieux présente des atouts non négligeables, mais les difficultés probatoires semblent être le trait d'union des échecs judiciaires des parties. Face à ce constat ambivalent, quels remèdes le droit pourrait-il envisager pour permettre aux plaideurs, et in fine à l'environnement, d'obtenir satisfaction ?

²⁷⁰ Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe

²⁷¹ CJUE, 24 octobre 2019, *Commission contre France*, C-636/18

²⁷² CE 12 juillet 2017, *Association les Amis de la Terre*, n°394254.

²⁷³ TA de Montreuil, 25 juin 2019, n° 1802202, et TA de Paris, 4 juillet 2019, n°s 1709333/4-3, 1814405/4-3 et 1810251/4-1

²⁷⁴ Les juges du fond considèrent que les requérants n'apportent pas suffisamment d'éléments médicaux relatifs à la durée de résidence en Ile-de-France et à la date d'apparition des pathologies, permettant d'établir l'incidence alléguée du dépassement des seuils de concentration sur leur état de santé. TA de Montreuil, 25 juin 2019, n°1802202.

²⁷⁵ L'expertise sollicitée vise notamment à établir le rôle de la pollution atmosphérique dans la pathologie développée par le requérant, à savoir de l'asthme. CAA de Paris, 11 mars 2021, note S. Brimo « Changer d'air ? » AJDA 2021.1104

Titre 2 – Les remèdes contre cet obstacle empêchant la preuve dans le procès environnemental

Face à l'incertitude scientifique dominante, se satisfaire d'une preuve raisonnable (Chapitre 1) et d'une preuve vraisemblable (Chapitre 2) pourraient permettre cette protection de l'environnement recherchée.

Chapitre 1 – Privilégier la preuve raisonnable plutôt que la preuve rationnelle

Comme l'observe Olivier le Bot, dans le contentieux de l'environnement, l'analyse d'un dossier n'est jamais exclusivement centrée sur la protection de l'environnement²⁷⁶. Une balance des intérêts est opérée et permet potentiellement au juge de statuer en défaveur de l'environnement. Mais à l'avenir, dans une perspective de protection de l'environnement, celui-ci pourrait décider de rééquilibrer la balance en faveur de l'environnement²⁷⁷. Si en matière médicale, le juge a pu s'écarter des connaissances épidémiologiques pour choisir de protéger les malades à partir d'un lien de causalité théoriquement possible, pourquoi ne pas davantage élargir ces solutions « raisonnables socialement »²⁷⁸ à l'environnement. Dès lors, une adaptation des exigences probatoires paraît nécessaire pour permettre une meilleure protection de l'environnement (Section 1). Elle est d'autant plus impérative au vu de l'investissement massif des prétoires par les plaideurs qui traduisent devant les juges les causes environnementales (Section 2).

Section 1 – Adapter les standards de preuve pour faciliter la protection de l'environnement

Le constat intuitif d'une faveur des juges pour la cause climatique. Qui n'a jamais entendu parler de l'Affaire du siècle ou encore de l'affaire Urgenda ? Relayées par la presse, ces affaires climatiques ont connu un certain retentissement dans la société en ce qu'elles mettent l'Etat face à son inaction pour le climat. Le contentieux climatique peut être défini comme les actions

²⁷⁶ O. LE Bot, « Un procès administratif adapté à la protection de l'environnement ? », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

²⁷⁷ A ce titre, la configuration du principe de précaution vise à relativiser la formalité du syllogisme au profit d'une pondération des intérêts. La logique du raisonnable est ainsi censée prévaloir sur celle du rationnel. M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

²⁷⁸ M.A. HERMITTE « L'administration de la preuve scientifique dans les dispositifs scientifiques », p. 103, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

en justice qui soulèvent le changement climatique comme une question de fait ou de droit²⁷⁹. Mais cette définition n'est pas satisfaisante car toutes les problématiques environnementales sont imbriquées. Par exemple, la préservation d'une zone humide semble logiquement rattachée au contentieux de l'eau, mais elle se rapporte en réalité aux questions climatiques puisque les zones humides permettent le stockage du carbone, préviennent les inondations et les sécheresses²⁸⁰. Dès lors, la présentation médiatique du « succès » climatique ne doit pas méprendre sur l'importance globale du contentieux.

L'affaire des « antennes de téléphonie mobile », du principe de précaution vers une démarche de précaution. Dans cette affaire, les rapports d'expertises concluaient à l'absence de preuve scientifique de dommages résultant de la proximité d'antennes de téléphonie mobile. Cependant, l'absence de risque n'était pas établie avec certitude. Pour que le principe de précaution puisse s'appliquer, il est exigé un risque probable ou sérieux. Il ne pouvait donc être utilement invoqué²⁸¹. Pour autant, certaines juridictions ont adopté une démarche de précaution, en décidant que le défaut de preuve d'une absence de risque faisait naître un sentiment d'angoisse certain chez les victimes et devait justifier le retrait des antennes. Pour ce faire, les juridictions utilisent la notion de trouble anormal de voisinage²⁸². Classiquement, cette théorie repose sur l'existence d'un trouble certain dont l'anormalité se mesure au regard de ses manifestations. Or en l'espèce, l'impossibilité d'apporter la preuve du risque a été traduite comme un trouble anormal. C'est donc l'incertitude de la réalisation du risque sanitaire qui porte atteinte aux riverains. Ainsi, selon une conception particulièrement extensive du risque encouru, les juges du fond ont pu alléger le fardeau probatoire. Puisque le dommage ne pouvait être prouvé, le juge indemnise le risque du dommage, élargissant ainsi la définition du dommage

²⁷⁹ S. MABILE et L. KARILA-COHEN, « Typologie du contentieux climatique en France », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2020, n°18, n°5

²⁸⁰ J. BETAÏLLE « Les stratégies contentieuses des associations en matière de protection du climat – de 'application du droit à l'activisme judiciaire », p. 109, in N. KADA (dir.), *Droit et climat, interventions publiques locales et mobilisations citoyennes*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2022

²⁸¹ Parmi les nombreuses décisions des juges du fond rendues en ce sens, un seul jugement retient pour fondement le principe de précaution combiné avec la théorie des troubles anormaux du voisinage : TGI Grasse, 17 juin 2003 n° 2003-221748

²⁸² CA de Versailles, 4 février 2009, n°08/08775, JCP E 2009. II. 1336, note JV. Borel

réparable²⁸³. Au demeurant, cette faveur est sans doute moins technique qu'idéologique, au bénéfice de la protection de l'environnement²⁸⁴.

Une liberté des juges du fond freinée par la réformation ultérieure des jugements. Si l'argument de la controverse scientifique est parfois considéré en première instance, il est ensuite souvent écarté en appel²⁸⁵. Par exemple, dans une affaire relative à la commercialisation de semences de soja étiquetées non OGM par une filiale de Monsanto²⁸⁶, les controverses autour des OGM ont d'abord été prises en compte, et des poursuites ont été initiées pour tromperie et publicité mensongère car les OGM « font l'objet de débats scientifiques et de société »²⁸⁷. L'incertitude sur la dangerosité scientifique des OGM n'était pas ici en cause puisque cela nécessitait un certain niveau de preuve scientifique. Pourtant, seul le fondement de la mise sur le marché d'OGM sans autorisation sera in fine retenu. En effet, la chambre de l'instruction de la CA de Montpellier récuse l'infraction de tromperie sur les qualités substantielles au motif qu'il « ne participe pas de [sa] mission, à ce stade de l'examen, de prendre en compte ou a fortiori de prendre position sur le débat scientifique ou de société “qui n'a pas dégagé de certitude”, la controverse des tenants et des opposants des OGM qui “ne serait pas à ce jour tranchée” ou les incertitudes scientifiques qui entourent les OGM »²⁸⁸. Dans le même sens l'on pourra citer un arrêt rendu par le TA de Cergy Pontoise dans le cadre du contentieux relatif à la ZAC du triangle de Gonesse. Celui-ci avait considéré que « les analyses de l'étude d'impact s'agissant de l'incidence du projet sur la qualité de l'air (...) dans la perspective de la création d'Europacity restent très insuffisantes ». Pour autant, le CE confirmera l'arrêt d'appel qui avait réformé ce point du jugement²⁸⁹. Enfin, l'on pourra citer un jugement remarqué du TA de Marseille²⁹⁰, relatif à une requête formée par des associations contre la décision préfectorale

²⁸³ E. VERGES, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile », p. 158, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

²⁸⁴ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Quelle place pour le « risque de la preuve » en droit de l'environnement ?*, p.94 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

²⁸⁵ M.A. HERMITTE « L'administration de la preuve scientifique dans les dispositifs scientifiques », p. 105, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

²⁸⁶ Les semences contenaient en réalité des OGM

²⁸⁷ Quand bien même la présence d'OGM était infime, elle portait atteinte à la qualité substantielle du produit aux yeux des acheteurs. La société avait donc manqué à son devoir d'informer les acheteurs sur les qualités substantielles des produits commercialisés. Le débat, la controverse et l'inquiétude des utilisateurs suffisaient donc à retenir la qualification de tromperie.

²⁸⁸ CA de Montpellier, 29 janvier 2004, n°75/2004.

²⁸⁹ TA de Cergy-Pontoise, 6 mars 2018, *Collectif pour le triangle de Gonesse et autres*, CA de Versailles 11 juillet 2019, CE 1^{er} juillet 2020 non publié

²⁹⁰ TA de Marseille, 1^{er} avril 2021 *Association Les amis de la Terre France et al.* N° 1805238, §52.

autorisant la société Total à poursuivre l'exploitation d'une raffinerie d'huile de palme. Le juge administratif considère que l'obligation d'évaluation des incidences du projet sur l'environnement doit combiner à la fois les incidences directes mais également les incidences indirectes du projet sur le climat. Compte tenu de l'utilisation de quantités très importantes d'huile de palme²⁹¹ et de ses dérivés, les « PFAD »²⁹², et quels que soient les lieux et les modalités de production de cette huile végétale, il considère que l'étude d'impact n'était pas suffisante. En effet, « pour affirmer que le projet aura un effet sur le climat et la qualité de l'air nettement positif compte tenu d'une réduction des flux annuels de polluants et de la réduction des émissions atmosphériques, notamment de GES, l'étude d'impact n'apprécie les effets du projet sur le climat qu'au regard de *l'impact très local* de la plateforme ». A l'heure actuelle, aucune juridiction supérieure ne s'est encore prononcée. Un réel tournant pourrait donc être entrepris si ce jugement venait à être confirmé.

Ainsi, si certaines décisions semblent apprécier largement les preuves produites par les parties et permettre ainsi, au moins au fond, une prise en compte de la protection de l'environnement, cette démarche devrait sans doute être étendue au vu de la dynamique contentieuse actuelle.

Section 2 – Une adaptation rendue nécessaire par l'investissement massif des prétoires par les plaideurs

Le choix stratégique des actions menées devant le juge administratif ou judiciaire. Nous l'avons vu, le contentieux environnemental se déploie massivement devant les tribunaux. Mais à quel juge revient donc principalement la protection de l'environnement ? Le contentieux administratif est sans doute par essence le plus « militant ». Il est donc majoritairement choisi par les associations de protection de l'environnement. En principe, ce contentieux se situe en amont de l'atteinte à l'environnement et permet la prévention des dommages. De plus, le juge administratif est souvent perçu comme celui capable de la jurisprudence la plus ambitieuse²⁹³, ce qui permettra d'améliorer l'effectivité du droit de l'environnement. Le recours au juge administratif constitue en outre un moyen de pression et d'alerte de l'opinion publique. Il peut

²⁹¹ Le recours à cette matière première est particulièrement nocif pour l'environnement en raison notamment d'un risque reconnu de changement indirect d'affectation des sols générant déforestation et émissions de GES

²⁹² Les *palm fatty acid distillates* sont des distillats d'acides gras pour produire des biocarburants.

²⁹³ L'efficacité du contentieux administratif en tant que mode de prévention des dommages à l'environnement se voit limitée par la difficulté à démontrer l'urgence dans le cadre des référés qui l'exigent.

même avoir un « effet épouvantail »²⁹⁴, en dissuadant l'émergence de nouveaux projets qui concerneraient un secteur qui viendrait d'être condamné. Par conséquent, le recours au juge pénal ou civil par les associations de protection de l'environnement est plus limité, notamment pour des questions de droit d'action²⁹⁵. De plus, le recours au juge judiciaire est chronologiquement postérieur à celui devant le juge administratif, puisqu'il vise à obtenir la réparation d'une atteinte déjà réalisée. Il permet donc principalement de moraliser les pratiques, lever le sentiment d'impunité des auteurs d'infractions, de dénoncer publiquement une atteinte, selon la pratique du « *name and shame* »²⁹⁶. En effet, en obtenant la condamnation d'un industriel pour dépassement répété des limites de rejet de polluants dans l'air, le relai de la condamnation par la presse permet d'atteindre la réputation de cet industriel, tout en alertant l'opinion publique et les pouvoirs publics. Pour les associations, obtenir gain de cause au civil leur permet en parallèle de financer d'autres actions administratives coûteuses²⁹⁷.

Rendre effective l'action de groupe²⁹⁸. Par ailleurs, si l'action de groupe devenait efficace, elle pourrait représenter un atout important pour les plaideurs. Par la création même d'un groupe de demandeurs, des avantages procéduraux en découlent. Le partage des frais de procédure et notamment des frais d'experts n'est pas négligeable. De plus, une action collective aurait sans doute un effet dissuasif plus important qu'un recours porté par une personne individuelle.

Une spécialisation des juges pour une meilleure protection juridique de l'environnement. En ce sens, la volonté d'améliorer la réponse pénale²⁹⁹ à la délinquance environnementale a été concrétisée par la loi du 24 décembre 2020³⁰⁰ qui permet la spécialisation de la justice judiciaire en matière environnementale en créant un Pôle interdépartemental « Environnement », (PIDE)

²⁹⁴ S. BOURGES, « Les stratégies des ONG : Retour d'expérience de France Nature environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

²⁹⁵ Selon l'article L. 141-1 du Code de l'environnement, les associations doivent être agréées pour disposer de l'intérêt à agir. Cet agrément leur permet de demander réparation du préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif qu'elles ont statutairement pour objet de défendre.

²⁹⁶ S. BOURGES, « Les stratégies des ONG : Retour d'expérience de France Nature environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

²⁹⁷ S. BOURGES, *ibidem*

²⁹⁸ V. le développement réalisé au A. du §2, Section 1, Chapitre 1, titre 1, de la première partie de ce mémoire.

²⁹⁹ Circulaire du 21 avril 2015 relative aux orientations de la politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement JUSD1509851C

³⁰⁰ Loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée

dans le ressort de chaque Cour d'Appel. Ces pôles sont compétents pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des délits prévus par le Code de l'environnement et les autres textes intéressant l'environnement à l'exception de l'urbanisme³⁰¹. Le PIDE³⁰² est chargé des affaires présentant une certaine complexité du fait de leur technicité, de l'importance du préjudice et du ressort géographique concerné. Il est également compétent pour connaître des actions en réparation du préjudice écologique fondé sur le code civil. Cette émergence d'une justice spécialisée devrait permettre d'améliorer le traitement judiciaire des dossiers environnementaux et faciliter ainsi l'obtention des preuves requises. L'effectivité de la justice environnementale s'accompagne a priori d'une spécialisation adéquate de ses acteurs.

Indépendamment de cette appréhension raisonnable de la preuve, la preuve du procès environnemental gagnerait à être orientée vers des standards de vraisemblance, plutôt que de certitude.

Chapitre 2 – Se satisfaire d'une preuve vraisemblable plutôt que certaine

Dans cette même perspective de preuve raisonnable, le droit de la preuve doit sans doute s'éloigner de l'idée d'une preuve juridique synonyme de « vérité » (Section 1), pour s'accommoder d'une preuve fondée sur un standard de vraisemblance (Section 2), permettant in fine la protection de l'environnement.

Section 1 – L'objectif de vérité, une finalité non absolue du procès

Fondamentalement, le doute³⁰³ est omniprésent dans le raisonnement probatoire. Ceci justifie que la vérité judiciaire résultant du procès soit construite (§1) et relative (§2).

§1 – Une vérité judiciaire construite

Des procès aux finalités divergentes en théorie. Traditionnellement, les traditions probatoires sont souvent présentées comme distinctes du fait de choix politiques qui leurs sont propres.

³⁰¹ Article 706-2-3 du CPP

³⁰² Les PIDE se placent en parallèle des Pôles Santé Publique-Environnement et aux juridictions du littoral spécialisées (JULIS) préexistants.

³⁰³ C'est précisément sur ce caractère du doute que la preuve et l'environnement se rejoignent : « Preuve et principe de précaution partagent une culture commune qui les rapproche, celle du doute » M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

Ainsi, le procès civil viserait avant tout la sécurité juridique, s'opposant alors à toute forme de vérité, tandis que le droit pénal au contraire, privilégierait la vérité³⁰⁴. Le droit administratif quant à lui se garderait de tout dogmatisme pour que le juge puisse conserver une importante marge d'appréciation³⁰⁵. La pratique permet de nuancer ces distinctions.

L'existence de formes pour admettre la vérité, un paradoxe pour les non-juristes. Plus généralement, il peut paraître surprenant que des règles de droit puissent déterminer la manière dont la preuve est admise en justice. « La vérité ne devrait-elle pas être une pure question de fait, laissée aux bons soins des enquêteurs, des experts, des scientifiques et de tous les sachants ? » s'interroge Jean-François Cesaro³⁰⁶. L'auteur imagine la création d'un corps d'auxiliaires de la justice qui auraient pour mission de rechercher la vérité dans chaque procès, afin d'assister les plaideurs pour l'établissement des faits nécessaires aux droits sollicités. En dehors de la matière pénale, les parties doivent par elles-mêmes apporter les preuves nécessaires. En pratique, cela reviendrait non seulement trop cher à l'Etat, mais surtout, cela pourrait inciter au procès. Or celui-ci « doit demeurer une zone grise de relatif inconfort où les justiciables ont vocation à trouver des arrangements raisonnables »³⁰⁷. Le risque d'une instrumentalisation d'un tel processus ne serait pas négligeable et par conséquent, contraire à l'une des finalités de la vérité judiciaire qui est de permettre le fonctionnement harmonieux de la société. A l'inverse, peut-on réellement considérer que laisser des procès échouer du fait de l'absence de preuve permet la poursuite de cette harmonie sociale ?

Les rapports entre la preuve juridique construite et les données scientifiques. Lorsque les jurisconsultes utilisaient l'adage « la chose jugée est prise pour la vérité »³⁰⁸ cela signifiait que la chose jugée doit être tenue pour la vérité, et non qu'elle doive se confondre avec le vrai³⁰⁹.

³⁰⁴ L'exigence de loyauté de la preuve est souvent utilisée pour appuyer cette idée. Ainsi, le procès pénal viserait avant tout la recherche de la vérité en ce que les parties ne sont pas soumises à la loyauté de la preuve. Elles peuvent ainsi apporter des preuves déloyales. Mais ce n'est pas nécessairement propre à la matière pénale puisqu'en matière sociale, le vol de document n'empêche pas le salarié de produire ces éléments si cela lui est nécessaire. En réalité, si la loyauté de la preuve varie en fonction des contentieux, l'impératif de paix sociale et de sécurité juridique semble bien commun.

³⁰⁵ S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal, et administratif) », p.114 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

³⁰⁶ JF. CESARO, *op. cit.*, p. 86

³⁰⁷ JF. CESARO, *ibidem*, p. 86

³⁰⁸ *Res judicata pro veritate habetur.*

³⁰⁹ B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Editions de la Découverte, Paris, 2002, p. 253

Ainsi, la décision du juge s'apparente à un « arrêt », en ce que la discussion litigieuse est arrêtée. Plusieurs mécanismes juridiques de preuve s'inspirent de données scientifiques. Par exemple, les présomptions reposent sur une opération qui consiste à admettre l'existence d'un fait qui n'est pas directement démontré, mais qui est rendu vraisemblable par la preuve supposée ou rapportée d'un fait. Certes les données scientifiques ne sont pas totalement étrangères à la création de ces présomptions, mais l'existence même de ces dernières vise souvent à éviter de se positionner sur le terrain de la preuve scientifique³¹⁰. Dans cette même perspective, la prescription peut aussi être présenté comme un mécanisme d'évitement de la preuve scientifique : plutôt que d'avoir à chercher la preuve de certains faits, considérés comme trop anciens, le droit dispense d'avoir à chercher la vérité qui pourrait leur être associée. La vérité judiciaire se distingue donc de la vérité scientifique puisqu'elle ne s'appuie que sur une partie des faits, les faits pertinents³¹¹ et la qualification juridique n'est pas un constat purement neutre des faits.

La vérité judiciaire peut donc être perçue comme une conciliation entre une exigence de vérité, et une exigence de justice ce qui la rend particulièrement relative.

§2 - Une vérité judiciaire relative

Un système de preuve circonstancié. Les règles applicables à la preuve sont étroitement liées à la société dans laquelle elles sont édictées. Emmanuelle Jouannet rappelle que ces règles informent sur « les régimes de vérité qu'une société se donne à un moment de son histoire »³¹². La preuve est donc un objet construit et modelé par les juristes suivant les rationalités successives de chaque époque, en fonction des valeurs privilégiées par le groupe. L'auteure poursuit : « Qu'elle soit judiciaire, scientifique ou morale, la vérité n'est jamais la réalité alors même que la vérité s'efforce de restituer le réel avec le plus d'exactitude possible »³¹³. La vérité est un discours, une représentation de l'homme : elle n'est ni un fait, ni une donnée. Il convient donc de distinguer la vérité-adéquation, qui se rapporte au réel, de la vérité-cohérence, qui vise

³¹⁰ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 11

³¹¹ A. FLÜCKIGER, *op.cit.*, p. 108

³¹² E. JOUANNET, « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », in H. RUIZ-FABRI, JM. SOREL (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Pedone, collection Contentieux international, Paris, 2007, p. 239.

³¹³ E. JOUANNET, *ibidem*, p. 240

en réalité à l'absence de contradiction³¹⁴. La recherche d'une vérité relative est confirmée par l'existence d'un débat sur la preuve, d'une charge de l'allégation, de mesures d'instructions.

Une preuve guidée par la définition d'une notion juridique. Par la définition d'une notion juridique, le droit peut permettre aux parties d'adapter leur raisonnement juridique et ainsi d'orienter la preuve à cette fin. A ce titre, la Nomenclature des préjudices environnementaux³¹⁵ est perçue comme « un dispositif d'aide à la décision, un outil de normalisation, de clarification et de sécurité juridique, par là un moyen plus crédible et effectif de défense des intérêts environnementaux et de réparation »³¹⁶. Ces travaux constituent une tentative d'identification et de délimitation des préjudices environnementaux, conditionnant les preuves qui y sont associées.

Une preuve guidée par la jurisprudence dans le cadre de la délimitation des conditions d'application d'un texte. Dans plusieurs domaines, la Cour de cassation a pu être amenée à préciser la manière dont la preuve devait être apportée. En droit des déchets par exemple, le détenteur ou le producteur des déchets doit en principe procéder à leur élimination³¹⁷. Dès lors un propriétaire qui louerait son terrain, sur lequel serait exercée une activité productrice de déchet, subit le risque de se voir qualifier de détenteur, sans avoir été à l'origine lui-même de leur dépôt. Pour réserver un sort plus favorable à ce propriétaire « innocent », la Cour de cassation a pu préciser que ce dernier était présumé fautif et n'était responsable que subsidiairement. Il doit ainsi prouver qu'il est étranger à l'abandon des déchets et n'a pas permis ou facilité par négligence ou complaisance leur dépôt³¹⁸.

Puisque la vérité judiciaire est indéniablement une vérité construite et relative, pourquoi ne pas davantage l'orienter vers la prise en compte de la réalité environnementale, en se satisfaisant de preuves vraisemblables.

³¹⁴ E. JOUANNET, *ibidem*, p. 240

³¹⁵ Publié suite aux travaux du groupe de travail de juristes dirigés par les professeurs LAURENT NEYRET et GILLES MARTIN.

³¹⁶ M.F. TERRIER, Préface, p. 10, in L. NEYRET et G. MARTIN (dir.), *Nomenclature de préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012

³¹⁷ Article L. 541-2 Code de l'environnement

³¹⁸ Civ, 3^e, 11 juillet 2012, n°11-10.478, note B. PARANCE, « Regard judiciaire sur l'étendue de la responsabilité d'un propriétaire pour les déchets abandonnés sur son site » D. 2012.2182

Section 2 – Le critère de la vraisemblance, une condition satisfaisante

Souvent, la preuve scientifique³¹⁹ est instinctivement rattachée à un idéal de vérité³²⁰. Pour autant, il convient de nuancer l'opposition nette qui existerait entre preuve juridique et preuve scientifique car la vérité scientifique n'est pas un « paradigme de vérité »³²¹. Dès lors, la vérité scientifique est sans doute différemment, mais également, relative (§1). Ce constat conduit à se contenter d'une preuve vraisemblable et juste (§2).

§1 – La relativité de la vérité scientifique

Une confiance systématique en la vérité scientifique. Historiquement, une confiance immodérée³²² a pu être observée dans l'infailibilité de la science entre la fin du XIXe et le début du XXe siècle. Certains affirment que ce mouvement se justifie par la perte de toute base de légitimité d'ordre religieux, les sociétés se tourneraient ainsi vers la science, « érigée en divin » pour fonder des choix collectifs³²³. Pour autant, la science présente le même caractère humain et aléatoire que tout autre objet de connaissance³²⁴ estime Eve Truilhé-Marengo, et connaît donc à ce titre ses propres limites et sa propre relativité³²⁵. La science n'est pas en soi une instance de vérité : si elle peut dire avec une quasi-certitude que tel résultat est faux, elle ne peut pas dire de façon certaine que tel résultat est juste. Il existe toujours une marge

³¹⁹ Contrairement au droit, la « preuve scientifique », n'est pas une catégorie assumée, revendiquée ni théorisée par les sciences. La preuve n'est pas entendue comme un élément binaire, mais comme une « variable continue ». D. PESTRE, « Des preuves dans les pratiques scientifiques et dans les pratiques juridiques. Prolegomènes à une conversation ». p. 34 et p. 52, in È. Truilhé-Marengo, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³²⁰ « Dans nos sociétés contemporaines, la preuve scientifique représente vraisemblablement l'idéal de la vérité dans l'opinion commune » A. FLÜCKIGER, *op.cit.*, p. 107

³²¹ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 16

³²² L'école positiviste envisagea ainsi de substituer un collège d'experts aux magistrats et aux jurés. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, 1907, p. 598, cité dans COUR DE CASSATION, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2012 de la Cour de cassation, p. 296

³²³ G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », RTD civ, 2005, p. 33

³²⁴ Preuve juridique et preuve scientifique sont souvent distinguées à partir des règles de recevabilité de la preuve. Mais cela ne fait pas de la preuve juridique une preuve radicalement différente de la preuve scientifique. En effet, la preuve scientifique est également soumise à des règles de fonctionnement de comité de lecture, à des délais imposés par les contrats de recherche, à des règles éthiques etc comme l'explique O. LECLERC « La distinction entre la « preuve en droit » et la « preuve en science » est-elle pertinente ? », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³²⁵ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 17

d'incertitude³²⁶. Pour autant, les scientifiques acceptent de s'en remettre au consensus de leur communauté³²⁷, notamment pour les questions environnementales.

Le caractère provisoire des preuves scientifiques. Selon Karl Popper, les théories scientifiques communément qualifiées de « vraies » sont celles qui n'ont pas pu être prouvées, celles qui n'ont pas encore été réfutées³²⁸. Ce sont des « provisoires conjonctures »³²⁹. Au critère de vérité, Karl Popper préfère celui de théorie « corroborée », qui est plus exacte scientifiquement. Le propre d'une théorie scientifique est donc sa falsifiabilité, c'est-à-dire sa capacité à surpasser une réfutation, et non plus sa démontrabilité, à savoir sa justification par une théorie scientifique compréhensive³³⁰. Bruno Latour émet alors un vœu : il faudrait de manière générale « retirer aux sciences le pouvoir de dire le dernier mot qu'on leur avait confié par erreur ou par lâcheté »³³¹.

La confusion entre vérité scientifique et vérité juridique. S'il existe une exigence de sécurité juridique, il n'y a pas de « sécurité scientifique »³³². En effet « tout chercheur, même s'il ajoute sa pierre modeste à l'édifice d'une discipline, peut se prendre pour Samson et vouloir ébranler les colonnes du Temple, renverser les paradigmes »³³³. Ce n'est pas le cas pour le juriste qui est tenu de maintenir « intact l'édifice du droit ». Ainsi, si la science peut se nourrir de « vives controverses », le droit doit « revenir à l'équilibre ». Au demeurant, l'un des moyens de déjouer les fausses évidences est juridique, il s'agit du débat contradictoire. Le principe de la contradiction est ainsi appliqué à toutes les preuves y compris aux conclusions des experts

³²⁶ C. LABRUSSE-RIOU, « Preuve « scientifique », preuve « non scientifique », p. 84, in È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³²⁷ V. le Rapport du GIEC.

³²⁸ K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, trad. de l'anglais par N. THYSSEN-RUTTEN et P. DEVAUX, Editions Payot, Paris, 2002, p. 270

³²⁹ K. POPPER, *ibidem*, p. 271

³³⁰ G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », RTD civ, 2005, p. 33

³³¹ B. LATOUR, *op.cit.*, p. 254

³³² B. LATOUR, *ibidem.*, p. 258

³³³ B. LATOUR, *ibidem.*, p. 258

puisque ni le savoir technique, ni l'objectivité, ni la connaissance scientifique ne préviennent parfaitement contre les erreurs³³⁴.

Les limites probatoires de la science face à une incertitude de principe. A ceci s'ajoute le fait que tous les phénomènes scientifiques ne sont pas prouvables par des causalités, sauf à adhérer à des doctrines déterministes³³⁵. Or, comme l'explique Alain PAPAUX, les instruments juridiques classiques sont fondés sur une perspective de gestion des risques technoscientifiques, s'appuyant ainsi sur l'idée d'une certitude scientifique et sur la maîtrise des activités nouvelles. Selon lui, il s'agit simplement d'un moyen pour dissimuler l'incertitude de principe dans laquelle « nous sommes plongés »³³⁶. Pour illustrer son propos, l'auteur prend appui sur le règlement européen REACH³³⁷, un exemple édifiant qui témoigne d'une « incertitude de principe, masquée par une multitude de certitudes locales, ponctuelles ». Ce règlement enjoint de tester des dizaines de milliers de substances chimiques pour déterminer leur dangerosité. Néanmoins, la question de la combinaison de ces substances entre-elles est complètement laissée de côté. L'incertitude demeure, alors même que ces substances peuvent être prises « dans des cocktails à la combinaison quasiment infinie »³³⁸. Le nouveau paradigme contemporain, fondé sur une incertitude documentée, nécessite de mettre à distance une confiance naïve en la valeur nécessairement positive du progrès³³⁹.

La confrontation de la science et du droit confirme que leur vérité respective est toute relative. Or, si le procès n'est pas un moyen de révéler la vérité scientifique, le droit ne peut

³³⁴ Depuis la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, en réaction à l'affaire d'Outreau, l'article 166 et 167 du CPP prévoient que l'expert communique avec l'accord du juge d'instruction ses conclusions aux OPJ chargés de l'exécution de la commission rogatoire, au procureur de la République ou aux avocats des parties. Ainsi, le contradictoire est exigé dès la phase d'instruction en matière d'expertise si les conclusions ont une influence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen.

³³⁵ C. LABRUSSE-RIOU, « Preuve « scientifique », preuve « non scientifique », p. 88, in È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³³⁶ A. PAPAUX, « La logique indiciaire de la preuve scientifique en droit », p. 238, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³³⁷ Règlement (CE) n°1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH)

³³⁸ A. PAPAUX, « La logique indiciaire de la preuve scientifique en droit », p. 238, in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³³⁹ A. PAPAUX, *ibidem*, p. 244

ignorer les données acquises de la science³⁴⁰. Une logique de corrélation vraisemblable devrait donc prévaloir.

§2 – La réévaluation de l'exigence d'une preuve certaine

La vaine recherche du dépassement de la vraisemblance. En 2000, Guy Canivet expliquait que « l'évolution récente du droit des preuves accrédite l'idée que le juriste disposerait aujourd'hui d'instruments qui lui permettraient de passer de la vraisemblance à la vérité scientifique, et de la vérité scientifique à la vérité judiciaire, accédant ainsi à l'illusion confortable de la certitude ». ³⁴¹ En effet, il s'agit bien d'une illusion.

La mise à l'épreuve de la science par le droit. La science ne s'autolégitime pas à l'audience, elle est soumise à « l'épreuve raisonnable de sa recevabilité procédurale » ³⁴². Selon Guy Canivet, « Le tribunal n'est pas un forum épistémologique. Il n'organise pas la spéculation mais la vraisemblance » ³⁴³. Or précisément, l'absence de preuve n'est pas la preuve de l'absence de risque ³⁴⁴. Si la vraisemblance ou le raisonnement probabiliste ne pourrait sans doute pas être consacré à l'ensemble d'un contentieux ³⁴⁵, la vraisemblance peut s'avérer utile pour justifier des solutions concrètes ³⁴⁶.

Mimer le vrai ou produire le juste. Bruno Latour explique que « si la chose jugée ne doit pas être prise « pour la vérité », ce n'est pas pour inaugurer quelque cynisme blasé, c'est qu'elle a *bien mieux à faire* que de mimer ou d'approximer le vrai : elle doit produire le juste, dire le droit, dans l'état actuel des textes » ³⁴⁷. Il en conclut « qu'il devient urgent de ne pas demander aux sciences de *trancher*, de ne pas exiger du droit qu'il dise *vrai* » ³⁴⁸. Dès lors, le droit de la preuve judiciaire doit se garder de deux excès qui consisterait en la recherche excessive du juste

³⁴⁰ G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », RTD civ, 2005, p. 33

³⁴¹ G. CANIVET, « Introduction », in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, Documentation française, 2000, p. 11

³⁴² G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation ». RTD civ, 2005, p. 33

³⁴³ G. CANIVET, *ibidem*, p. 33

³⁴⁴ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 26

³⁴⁵ Car il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui est le plus probable. Cette probabilité peut évoluer dans le temps au cours de la procédure. Elle est sans doute propre à chaque litige.

³⁴⁶ E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 205

³⁴⁷ B. LATOUR, *op. cit.*, p. 255

³⁴⁸ B. LATOUR, *ibidem.*, p. 257

d'une part, et la recherche excessive du vrai d'autre part³⁴⁹. Le procès ne peut viser exclusivement la recherche du juste, sous peine d'être qualifié d'arbitraire. Comme le précise Catherine Labrusse-Riou, l'adjectif « juste » exprime à la fois l'idée de justesse et de justice. Si le premier est l'objet de la science, le second est celui du droit. La question est donc celle de leur articulation³⁵⁰. Le droit doit donc prendre en considération la vérité scientifique dans sa dimension factuelle pour en tirer une forme d'autorité. A l'inverse, la recherche excessive du vrai pourrait se traduire par une soumission du juge à l'expertise³⁵¹. Le juge doit se livrer à une appréciation rationnelle des éléments de preuve qui lui sont soumis. Certains systèmes juridiques l'énoncent expressément³⁵², sans préciser les contours de cette rationalité.

Les obstacles à la preuve dans le procès environnemental sont donc nombreux en droit substantiel. Or, sur ce sujet, droit substantiel et processuel ne peuvent nettement être distingués. En réalité, les difficultés précédemment abordées ne font qu'anticiper ou énoncer celles en lien direct avec la procédure.

³⁴⁹ M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

³⁵⁰ C. LABRUSSE-RIOU, « Preuve « scientifique », preuve « non scientifique », p. 80, in È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

³⁵¹ Certains dénoncent ainsi une « dictature de la science » dans cette prise de décision du juge. J. MOURY, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD civ.* 2009.665

³⁵² En Espagne et en Amérique latine, s'applique la règle de la *sana critica racional*. Elle se retrouve notamment dans l'article 348 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* - la loi de procédure civile espagnole - relatif à l'appréciation par le juge du rapport d'expertise. L'article 348 prévoit que « *El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica* », c'est-à-dire que le tribunal apprécie les expertises selon les « règles de l'art » sous-entendu, rationnellement.

Partie 2 – Des obstacles d’ordre processuel à la preuve dans le procès environnemental

Classiquement, l’on considère que les règles procédurales relatives à la preuve régissent « l’administration judiciaire de la preuve », qui désigne la manière dont les éléments de preuve sont introduits dans le débat judiciaire, au cours de l’instance pour être soumis à l’appréciation du juge. L’administration de la preuve détermine ainsi qui peut apporter ces éléments au débat (Titre 1), et selon quels procédés (Titre 2). Si l’administration de la preuve se distingue théoriquement de l’étape de constitution du dossier probatoire, force est de constater qu’en pratique, la distinction est brouillée par le fait que certains procédés visent à obtenir l’élément de preuve et l’introduire dans le débat. C’est le cas de l’ensemble des mesures d’instruction³⁵³.

Titre 1 – Un obstacle constitué par la charge de la preuve pesant sur les parties

La notion controversée de « charge de la preuve ». Le principe et la formulation de la charge de la preuve prêtent à discussion³⁵⁴. Pour autant, le principe selon lequel la preuve incombe au demandeur est un repère³⁵⁵. La charge probatoire peut être perçue comme un instrument normatif³⁵⁶ parce qu’une fois déterminée par le législateur et adaptée par le juge, la répartition de cette charge aura une fonction incitative³⁵⁷ ou dissuasive³⁵⁸. Dans le procès environnemental, la charge de la preuve constitue un fardeau pour les parties qui sont souvent seules et manquent

³⁵³ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et Arbitrage*, 35^e édition, Dalloz, Précis, 2020 p. 485, n°604

³⁵⁴ Cette règle présente l’inconvénient d’être statique, tandis que la matière litigieuse est quant à elle « vivante ».

³⁵⁴ S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal, et administratif) », p.115, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

³⁵⁵ Dans les cas minoritaires où les parties sont liées par un contrat, elles peuvent aménager les règles de preuve au moyen de conventions spéciales. La jurisprudence reconnaît la validité des conventions sur la preuve dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits. (Article 1356 du Code civil). Les parties peuvent ainsi convenir d’attribuer la charge de la preuve de certains faits à l’une d’elles par dérogation aux règles légales. Par exemple, dans un contrat de location, l’exploitant du site pris à bail pourrait être tenu de rapporter la preuve qu’il n’est pas à l’origine de pollutions éventuelles apparaissant après la conclusion du contrat. A. Aynes, *op.cit.*

³⁵⁶ Ou du moins comme un instrument étant pourvu d’une fonction normative.

³⁵⁷ Cette gestion du doute n’est pas propre au contentieux de l’environnement. V. le développement dédié à la partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A.

³⁵⁸ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve » » p.23, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

de moyens pour obtenir des preuves (Chapitre 1). Les limites au droit de la preuve renforcent ce déséquilibre (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Une incapacité matérielle en raison du manque de moyen et de la solitude des parties

Les parties éprouvent des difficultés à prouver leurs prétentions dans le procès environnemental. Ce constat est général, mais les raisons varient en fonction des matières concernées. Alors qu'en matière pénale, une association a la possibilité d'exploiter l'ensemble des pièces du dossier pénal issu de la procédure l'instruction - lorsqu'il existe – (Section 2), c'est à l'association ou à la partie individuelle d'apporter l'ensemble des éléments de preuve dans le cadre d'une action civile ou administrative (Section 1).

Section 1 – L'incapacité des parties à obtenir des preuves en matière civile et administrative

Un coût financier dissuasif. Par les enjeux collectifs qu'elle soulève, la cause environnementale est majoritairement portée par les associations de protection de l'environnement³⁵⁹. Or, seul un nombre limité de ces associations dispose de juristes salariés. Ceci s'explique pour des raisons financières : ces associations pourront recevoir des financements publics ou privés pour des actions de terrain, de sensibilisation, de gestion d'espaces naturels, mais il bien plus rare d'obtenir des financements d'activités contentieuses³⁶⁰. Pour cette raison, le choix des actions portées en justice est stratégique³⁶¹ et la crédibilité³⁶² et la légitimité des associations en dépend. Certes devant le tribunal administratif, puisque la représentation par avocat est facultative, les associations peuvent limiter les coûts si elles sont capables de qualifier juridiquement les faits. Pour autant, d'autres obstacles viennent dissuader les plaideurs d'agir comme les délais de recours, la longue durée des procédures, précisément car les parties adverses auront souvent les moyens financiers de prolonger le

³⁵⁹ Le paysage associatif est très varié en France : cela va du collectif local, aux ONG nationales voire internationales.

³⁶⁰ S. BOURGES, « Les stratégies des ONG : Retour d'expérience de France Nature environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

³⁶¹ Elles doivent avoir su sélectionner en amont les recours voués à l'échec, qui terniraient l'image de l'association.

³⁶² Sa capacité à avoir sur prendre en considération la gravité de l'atteinte à l'environnement, l'exemplarité du dossier, l'impact politique etc. sont ainsi indirectement évaluées.

contentieux par l'utilisation des voies de recours³⁶³. Or, dès l'appel, la représentation par avocat devient obligatoire. Pourtant, tous ne semblent pas avoir conscience de cette difficulté dénoncée par les associations. Si pour Corinne Lepage, la charge de la preuve qui incombe à la victime en droit administratif est une difficulté centrale depuis toujours³⁶⁴, pour Olivier Le Bot, les frais du procès, en ce qu'ils se limitent généralement au ministère d'avocat, sont « réduits »³⁶⁵. Par ailleurs, la protection d'un seul et même intérêt écologique peut supposer de mener plusieurs actions simultanées³⁶⁶. En ce sens, la direction générale Justice de la Commission européenne a procédé à une évaluation de l'efficacité de directives relatives à l'environnement et a notamment mis en avant le fait que le coût particulièrement élevé du procès écologique pour les victimes face à des acteurs économiques puissants est la cause première de la faiblesse de contentieux visant à faire respecter ces réglementations, non seulement en France, mais aussi à l'échelle de l'ensemble des Etats membres³⁶⁷.

L'illustration de la difficulté des associations à obtenir des preuves au travers des expertises. En effet, le coût élevé des expertises et leur multiplication peut contribuer à une stratégie d'épuisement financier de la part de la partie mise en cause³⁶⁸. De plus, la preuve peut être particulièrement difficile à obtenir si elle suppose de réaliser un inventaire sur un terrain privé ou fermé, qui supposera l'autorisation préalable d'un juge judiciaire. Par exemple, la discussion de l'impact des centrales nucléaires est quasiment toujours vouée à l'échec, tout comme l'analyse économique des projets d'aménagements d'autoroute, alors même que ces

³⁶³ De plus en plus, les défenseurs à l'action menacent les associations, en cas de défaite, de les poursuivre pour recours abusif. Les sommes réclamées, souvent à hauteur de plusieurs centaines de milliers d'euros, peuvent alors dissuader les associations. S. BOURGES, « Les stratégies des ONG : Retour d'expérience de France Nature environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

³⁶⁴ Intervention de Corinne Lepage, avocate et ancienne ministre de l'Ecologie. COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

³⁶⁵ L'auteur admet néanmoins que ces frais peuvent s'y ajouter lorsque des frais d'expertises notamment peuvent être occasionnés. O. LE BOT, « Le contentieux administratif, au service de l'environnement », p. 49, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

³⁶⁶ Par exemple, pour contester un projet d'aménagement dans une commune, l'association pourra être amenée à attaquer non seulement l'arrêté de déclaration d'utilité publique, mais aussi l'arrêté portant dérogation à la destruction d'espèce protégée, la délibération portant modification du plan local d'urbanisme de la commune concernée, et enfin l'acte administratif autorisant la réalisation du projet lui-même.

³⁶⁷ MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 95

³⁶⁸ MINISTERE DE LA JUSTICE, *op.cit.*, p. 38

discussions sont d'utilité publique³⁶⁹. Par conséquent, la renonciation à s'engager dans un contentieux comme celui-ci peut souvent sembler préférable aux associations, face à la difficulté et l'ampleur des moyens humains et financiers à engager. En ce qui concerne le contentieux des ICPE, l'association pourra fonder son recours sur la base de fiches d'écarts à la réglementation des inspecteurs des ICPE et sur les arrêtés de mise en demeure prononcés à l'encontre des exploitant. Ces documents sont communicables au titre du droit d'accès à l'information en matière environnement ce qui amène d'autres difficultés.

Un coût public sous-estimé. Au-delà même du coût du procès pour les associations, un élément particulièrement préoccupant est souvent négligé. Le non-respect des règles juridiques environnementales entraîne plus généralement l'augmentation des dépenses de santé, la perte de recettes publiques, et la concurrence déloyale entre les entreprises³⁷⁰. Il s'agit d'un constat classique dans le cadre de l'environnement : de manière générale, plus les situations critiques et les atteintes à l'environnement se pérennisent, plus les dommages et les coûts à payer deviennent impraticables³⁷¹.

La solitude des associations dans le cadre de l'obtention des preuves. Cette question des coûts des preuves, et plus généralement des actions, va de pair avec celle de la solitude des associations. Non seulement, les associations sont amenées à porter des combats contre l'inaction des gouvernements, mais la difficulté augmente lorsqu'il s'agit de s'attaquer à l'influence des lobbys, notamment ceux de l'agriculture chimique. A ce titre, l'on pourra s'appuyer sur une décision rendue par le Conseil d'Etat le 15 novembre 2021³⁷² dans laquelle le juge administratif ordonne au Gouvernement d'agir pour réduire drastiquement l'utilisation des pesticides dans les sites terrestres du réseau Natura 2000, dont la mission est de préserver la biodiversité européenne³⁷³. Selon le vice-président de France Nature environnement (FNE), cette décision « vise à mettre un terme à dix ans d'inaction coupable des gouvernements successifs trop à l'écoute des lobbys de l'agriculture chimique ou des syndicats majoritaires ».

³⁶⁹ B. BUSSON, *op. cit.*, p. 302

³⁷⁰ MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 95

³⁷¹ A. GARRIC, *op.cit.*

³⁷² CE, 6ème - 5ème chambres réunies, 15 novembre 2021, 437613, Inédit au recueil Lebon

³⁷³ Selon le vice-président de FNE, la protection de la biodiversité exigée par la réglementation européenne n'est pas assurée en France, seulement 20% des écosystèmes et 28% des espèces justifiant la désignation des sites Natura 2000 sont considérés comme en bon état de conservation.

Cette décision illustre pleinement le cadre actuel dans lequel la protection de l'environnement doit s'immiscer : alors que FNE se félicite de cette « nouvelle victoire », la ministre de la transition écologique Barbara Pompili, avait dans le même temps demandé le rejet de la requête, suivie par ses homologues de l'agriculture, de l'économie et des finances et de la santé³⁷⁴.

La créativité des associations dans le cadre de la constitution d'un dossier probatoire riche. Pour faire triompher la cause environnementale, les associations ne manquent pas d'idées pour convaincre les juges. L'on pourra ici prendre exemple sur l'assignation déposée devant le tribunal judiciaire de Paris par plusieurs associations³⁷⁵ le 2 mars 2022³⁷⁶. Cette assignation vise à initier des poursuites contre le groupe Total Energies pour pratiques commerciales trompeuses. Ce recours cible les publicités du groupe pétrolier qui induisent les consommateurs en erreur. Alors que le groupe prétend atteindre la « neutralité carbone » d'ici 2050 dans ces publicités, il prévoit dans le même temps de produire, promouvoir et de vendre toujours plus d'énergie fossile. Pour soutenir cette action contre le greenwashing, les associations ont dû constituer un dossier probatoire particulièrement étoffé reposant sur des sources diverses. Parmi les 90 pièces jointes à l'assignation, l'on trouve ainsi de très nombreux articles de presse, des captures d'écran de la page du site internet du groupe³⁷⁷, des rapports d'autorités indépendantes, ou encore des extraits du rapport du GIEC. Ceci démontre l'inventivité et la capacité des associations à rassembler des pièces susceptibles de soutenir leurs combats judiciaires.

Ainsi, si les associations parviennent parfois par elles-mêmes à surmonter les difficultés matérielles que la charge de la preuve fait peser sur elles, elles devraient en principe pouvoir compter sur le soutien du dossier constitué par les autorités compétentes en matière pénale.

³⁷⁴ M. VALO « Le gouvernement contraint de réglementer l'usage des pesticides dans les sites Natura 2000 », Le Monde, 16 novembre 2021

³⁷⁵ Greenpeace, Les Amis de la Terre, Notre Affaire à tous.

³⁷⁶ Assignation devant le tribunal judiciaire de Paris du 2 mars 2022 : https://cdn.greenpeace.fr/site/uploads/2022/03/Assignation_Greenpeace_AT_NAAT_c.-TOTAL_02032022.pdf

³⁷⁷ V. Annexe n°3

Section 2 – Une incapacité renforcée en matière pénale par l’absence de poursuite des infractions environnementales

Dans le contentieux pénal, l’expertise ordonnée dans le cadre de l’instruction sera prise en charge par la juridiction³⁷⁸, réduisant ainsi les coûts élevés dénoncés dans la partie précédente. Mais encore faut-il qu’une information judiciaire soit ouverte (§1) et que les poursuites soient effectivement engagées (§2).

§1 – L’absence de constatations des infractions

La ressource probatoire inutilisée de l’instruction préparatoire. Le procureur de la République a la possibilité de confier à un juge d’instruction le soin d’accomplir les actes utiles à la manifestation de la vérité. Ainsi, le juge d’instruction pourrait permettre d’obtenir des preuves essentielles à la réussite du recours. Mais en pratique, cette voie reste particulièrement marginale dans le procès environnemental. En 2018, seule 1,32% des affaires poursuivables et 2,84% des affaires poursuivies avaient fait l’objet d’une instruction³⁷⁹. De plus, l’instruction présente un réel avantage pour les parties par rapport à l’enquête qui serait ouverte par le procureur de la République car elles pourront jouer un rôle de « procureur bis »³⁸⁰ en sollicitant des actes d’investigation de la part du juge d’instruction. Néanmoins, l’instruction préparatoire présente une limite : la durée de sa réalisation³⁸¹. Outre la priorisation logique des dossiers par les magistrats instructeurs³⁸² et le manque de moyens alloués, le risque de lenteur de l’instruction en matière environnementale existe notamment du fait de la complexité des faits qui seront appréhendés par expertise.

Le rôle fondamental des associations dans l’obtention des preuves face aux déficiences du parquet. Ce rôle des associations, dans le cadre d’un travail d’équipe, est reconnu. La circulaire

³⁷⁸ JB. PERRIER, « Le procès environnemental devant le juge pénal », p. 59, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l’environnement au procès pour l’environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

³⁷⁹ JB. PERRIER, *ibidem*, p. 58

³⁸⁰ JB. PERRIER, *ibidem*, p. 50

³⁸¹ Par exemple, dans le cadre de certaines affaires exceptionnelles, l’instruction peut se dérouler sur plusieurs années. Ainsi, dans l’affaire *Erika*, la décision de première instance est intervenue le 16 janvier 2008, pour des faits qui dataient de 1999. L’instruction a donc duré sept ans.

³⁸² L’on peut en effet concevoir qu’un dossier qui concernera un mis en examen détenu, sera probablement traité prioritairement par rapport à une infraction environnementale. V. JB. PERRIER, « Le procès environnemental devant le juge pénal », p. 60, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l’environnement au procès pour l’environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

du 21 avril 2015 du ministère de la Justice³⁸³ l'affirme explicitement³⁸⁴. Dans le cadre du rapport justice pour l'environnement³⁸⁵, mieux informer les associations des constats d'infractions environnementales constitue l'une³⁸⁶ des voies envisagées pour permettre une meilleure lutte contre la criminalité environnementale. Certaines initiatives se mettent en place pour tisser un réseau d'informations permettant d'établir des preuves. A titre d'exemple, l'on pourra ainsi citer le projet de FNE qui a créé l'application Sentinelles de la Nature en 2017. Face à l'accroissement du nombre de décharges illégales en France en particulier dans des espaces naturels, l'association a mis en place cet outil qui vise à confier aux citoyens, la mission de signaler eux-mêmes ces infractions³⁸⁷. Ainsi, la charge probatoire pourrait être vue comme une œuvre commune entre les parties, le juge d'instruction, le parquet, et la formation de jugement. Certains auteurs considèrent qu'il y aurait même une unité dans la recherche probatoire de la phase policière à la phase de jugement si l'on considère que les éléments recueillis sont identiques, mais sont qualifiés différemment. On parle d'indices, de charges, puis de preuves pour désigner en réalité la même chose³⁸⁸.

Renforcer la quantité et la qualité des constats d'infraction. Selon François Molins, l'une des raisons justifiant l'ineffectivité du procès environnemental est relative au défaut de qualité des procès-verbaux de constatation dont dépend essentiellement la suite de la procédure³⁸⁹. Face au constat du manque de moyen de la police, le rapport « Justice pour l'environnement » invite

³⁸³ Circulaire du 21 avril 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement

³⁸⁴ S'adressant au parquet, il est ainsi écrit que les associations « sont susceptible d'appeler votre attention sur des situations parfois méconnues des administrations. (...) Il n'y aurait dès lors qu'avantage à ce que les parquets identifient précisément les associations actives dans leur ressort et les invitent à exposer leurs préoccupations ou leurs attentes, afin de nouer un dialogue utile à la connaissance des enjeux environnementaux locaux ».

³⁸⁵ MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*

³⁸⁶ La mission de recherche s'est aussi interrogée sur la possibilité d'avoir un réseau d'informateurs dédiés notamment à la protection des espaces et espèces protégées, à l'instar des indicateurs en matière judiciaire. Aux Etats-Unis, ce système connaît un certain succès, notamment du fait de la rémunération de ces acteurs. MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 49

³⁸⁷ Au moyen d'une photo, et d'une géolocalisation de la décharge constatée, FNE est ainsi alertée par ce signalement et peut ensuite alerter les autorités compétentes pour procéder à l'enlèvement des déchets. Ceci est d'autant plus crucial en sachant que « le déchet appelle le déchet » comme l'explique l'association. En 2020, 3300 signalements ont été effectués sur la plateforme Sentinelles et la moitié concernait ces dépôts illégaux de déchets. FNE, « Le trafic de déchets du bâtiment mis en lumière et lourdement puni par la justice », publié le 14 décembre 2021 sur le site internet France Nature Environnement

³⁸⁸ J. BUISSON, V. « Preuve », *Répertoire. Pénal.*, n°3 : « Depuis la constatation d'une infraction jusqu'au jugement de son auteur, toute la chaîne pénale est donc articulée autour de la question cardinale des preuves ».

³⁸⁹ F. MOLINS, *op. cit.*, p. 28,

à une mobilisation accrue des citoyens, notamment en matière de dépôt illégal de déchets³⁹⁰. Les collectivités territoriales devraient s'emparer des dispositions préexistantes pour leur donner plein effet notamment dans des zones de dépôts récurrents de déchets sur la voie publique à proximité des zones naturelles. Ces constats permettraient ensuite l'intervention du ministère public. S'agissant des propriétés privées, la mission invite à une coopération de leurs propriétaires.

La réitération de cet état des lieux dans le cadre de la constatation des contraventions de grande voirie. Dans le cadre de la répression des atteintes au domaine public, des sanctions sont prévues par le droit administratif pour réprimer les atteintes à l'intégrité physique ou à l'affectation du domaine public. La contravention peut être constituée par un simple dépôt sur le domaine, ou par l'éventualité d'une dégradation alors qu'aucun dommage ne s'est pas encore produit. En matière environnementale, ces contraventions de grande voirie sont essentiellement relatives au domaine maritime et fluvial³⁹¹. L'infraction doit être constatée par un procès-verbal dressé par un agent de police judiciaire ou un autre fonctionnaire habilité à cet effet. Si la matérialité des faits est établie, le tribunal administratif n'aura qu'une marge d'appréciation réduite, puisque l'infraction ne requiert pas d'élément intentionnel. Au demeurant, le régime des contraventions de grande voirie n'est pas soumis au principe de l'opportunité des poursuites et le préfet est donc tenu d'engager des poursuites en saisissant le tribunal administratif³⁹². Toutefois, la défense d'autres intérêts peut limiter cette automaticité des poursuites. En ce sens, dans l'affaire Erika, le refus du préfet du Morbihan de mettre en œuvre la procédure de contravention de grande voirie est fondé sur un motif d'intérêt général à savoir privilégier la coopération avec la société Total, qui s'était alors engagée à prendre en charge techniquement et financièrement le traitement des déchets et les opérations de pompage de la cargaison du navire ainsi qu'à contribuer au financement du nettoyage et de la remise en état du littoral. Le

³⁹⁰ Certaines dispositions permettent l'utilisation de caméras de surveillance, mais sont inutilisées. La vidéo surveillance est d'ores et déjà possible sur le fondement de l'article L. 251-2 11° du code de la sécurité intérieure, modifié par la loi du 10 février 2020, la transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique par le moyen de la vidéo protection peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques de la vidéo-surveillance pour « *la prévention et la constatation des infractions relatives à l'abandon d'ordures, de déchets, de matériaux ou d'autres objets* ».

³⁹¹ Il peut s'agir par exemple d'un jet dans les rivières et canaux domaniaux de matières insalubres ou objets ayant un effet nuisible sur le lit des cours d'eau ou canaux (article L. 2132-7 du Code Général de la propriété des personnes publiques)

³⁹² CE Section 23 février 1979, *Ministre de l'équipement contre Association des amis des chemins de ronde* : à propos d'une atteinte au domaine public maritime empêchant l'utilisation normale des rivages de la mer).

juge administratif admet que cet intérêt prime sur l'entrave à l'exercice par le public à son droit d'usage³⁹³. Quoi qu'il en soit, ce système repose sur des contrôles administratifs, désormais confiés à un corps unique d'inspecteur de l'environnement³⁹⁴. Ces contrôles sont essentiels en ce qu'ils permettent d'établir la preuve de l'infraction. Si certaines dispositions cherchent à renforcer l'efficacité des contrôles administratifs en supprimant par exemple l'obligation d'information préalable de l'exploitant, ou encore en permettant d'emporter des documents³⁹⁵, la répression administrative déçoit en pratique. Avant 2012, des moyens insuffisants de contrôle étaient déplorés³⁹⁶. Depuis, les procédures répressives semblent très rarement mises en œuvre et la répression administrative semble clairement défailante du fait de son ineffectivité³⁹⁷. L'insuffisance de moyens financiers et matériels dont disposent les détenteurs des pouvoirs de police dans le domaine de l'environnement est souvent soulignée, tout comme le défaut de formation des agents face à la complexité technique croissante des sujets en cause³⁹⁸.

La constatation des infractions constitue une étape fondamentale dans la réussite du procès environnemental en ce qu'elle permet la réunion des preuves. Les suites procédurales données à ces constats confirment cette tendance d'ineffectivité globale.

§2 – Le contournement de l'audience

Le choix prédominant du classement sans suite. Ce constat est répété : le taux de classement sans suite et le taux d'abandon des poursuites en cours de procédure sont beaucoup plus élevés en matière environnementale que pour la moyenne des délits³⁹⁹. Ce n'est pas très étonnant au vu des développements précédents et des moyens d'enquêtes octroyés.

Le recours massif et assumé aux mesures alternatives aux poursuites. Le bilan des poursuites et des condamnations des infractions environnementales est trop maigre pour remplir

³⁹³ CE 30 septembre 2005, *Cacheux*, n°263442

³⁹⁴ Depuis l'ordonnance n°2012-34 du 11 janvier 2012, le recours aux sanctions administratives pour toutes les polices environnementales a été généralisé. Le corps des inspecteurs de l'environnement est harmonisé : ils sont habilités à rechercher et à constater les infractions aux dispositions du code de l'environnement et aux dispositions du code pénal relative à l'abandon d'ordres, de déchets, matériaux et autres objets (article L. 172-1 du Code de l'environnement).

³⁹⁵ A. VAN LANG, *op.cit.*, n°805, p. 605

³⁹⁶ « En 1998, la cour des comptes avait en effet considéré que 600 agents, destinés à assurer le contrôle de 30 000 établissements classés, c'était un peu juste ! ». L. FONBAUSTIER, *op.cit.*, p. 122

³⁹⁷ A. VAN LANG, *op.cit.*, n°807, p. 608

³⁹⁸ L. FONBAUSTIER, *op.cit.*, p. 122

³⁹⁹ F. MOLINS, *op.cit.*, p. 26

ses missions punitive et dissuasive explique Agathe Van Lang⁴⁰⁰. Au sein même de la circulaire relative aux orientations de la politique pénale en matière d’atteintes à l’environnement, le ministère de la Justice encourage à la formation d’une véritable doctrine de réponse pénale en matière d’atteintes à l’environnement, devant guider l’action du ministère public autour de plusieurs principes : la « poursuite systématique en cas de dommage grave ou irréversible, d’obstacle aux fonctions ou de réitération », mais surtout, le recours majoritaire aux « alternatives aux poursuites dans tous les autres cas »⁴⁰¹. Ainsi, en 2017, alors que le taux de réponse pénale⁴⁰² du contentieux environnemental s’élevait à 91%, la réponse pénale était à 75% constituée par des alternatives aux poursuites, c’est-à-dire essentiellement des rappels à la loi et des classements sous conditions après régularisation sur demande du parquet⁴⁰³. Ce taux de recours aux mesures alternatives aux poursuites tend à augmenter s’agissant en particulier de la protection de l’eau et de l’air, des espaces naturels, et du patrimoine naturel⁴⁰⁴. La plupart des condamnations pénales dans le domaine de l’environnement intervient par voie d’ordonnances pénales et de comparution sur reconnaissance de culpabilité.

L’intervention réduite du juge pénal en résultant. Face à cette promotion des alternatives aux poursuites en matière environnementale, les jugements correctionnels sont de plus en plus rares, avec une chute de 10 points en 2019, par rapport à 2005⁴⁰⁵. En outre, au sein des 24% d’affaires environnementales poursuivables en 2017, le taux de relaxe des personnes physiques était plus élevé de 4 points par rapport à la moyenne nationale⁴⁰⁶. Ces relaxes concernaient majoritairement le domaine des ordures et des déchets illégaux. Dans cette perspective de renvoi à l’audience, la citation directe semble particulièrement peu adaptée du fait de la complexité des sujets en cause. Ce taux élevé de recours aux alternatives aux poursuites témoigne de la difficulté de renvoyer devant des formations généralistes un contentieux technique, d’une mauvaise appréhension des enjeux propres à l’environnement, ou encore de

⁴⁰⁰ A. VAN LANG, *op.cit.*, n°772, p. 583

⁴⁰¹ Circulaire du 21 avril 2015 relative aux orientations de la politique pénale en matière d’atteintes à l’environnement JUSD1509851C

⁴⁰² A savoir le taux de réponse de parquet à l’égard des affaires poursuivables pour lesquelles le ou les auteurs sont identifiés

⁴⁰³ Selon les chiffres de la DACG et du PEPP

⁴⁰⁴ V. Annexe 1. Taux de recours aux mesures alternatives aux poursuites

⁴⁰⁵ F. MOLINS, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁰⁶ En 2018, le taux moyen de relaxe des personnes physiques était de 7%. Il s’élevait à 11.1% dans le contentieux de l’environnement.

l'insuffisance de la qualité des enquêtes effectuées par les services généralistes et spécialisés⁴⁰⁷. Dès lors, le recours aux alternatives aux poursuites ne semble pas être véritablement un choix. Il ne correspond pas à des impératifs de politique pénale mais à une volonté délibérée d'éviter le renvoi à l'audience. Selon François Molins, le recul du recours au juge dans le traitement des infractions environnementales est préoccupant pour l'avenir car la sensibilisation du public au travers de procès, par son caractère public et médiatique s'amenuise⁴⁰⁸. Les alternatives sont à l'heure actuelle mal utilisées et surtout peu graduées⁴⁰⁹. Les compositions et médiations pénales devraient être encouragées en ce qu'elles pourraient permettre une remise en état des milieux dégradés. De toute évidence, le prononcé d'amendes peu élevées n'est pas adapté à la gravité des atteintes à l'environnement.

L'ensemble de ces difficultés matérielles tenant à l'obtention des preuves coïncide avec des difficultés juridiques liées à la protection des droits fondamentaux.

Chapitre 2 – Une incapacité juridique en raison de la protection des droits fondamentaux

Dans le cadre de la réunion des preuves, les parties se trouvent souvent confrontées à la protection de certains droits fondamentaux, au détriment du droit à la preuve (Section 1). Ainsi, un rééquilibrage de la charge de la preuve fondé sur l'aptitude à la preuve pourrait permettre une meilleure protection de l'environnement (Section 2).

Section 1 – Un obstacle lié à la protection de certains droits fondamentaux

L'analyse de la jurisprudence et le témoignage d'associations de défense de l'environnement permettent de prendre de la mesure d'une protection importante du secret des affaires, défavorable à la protection de l'environnement (§1), malgré l'existence du droit à la preuve (§2).

⁴⁰⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 56

⁴⁰⁸ F. MOLINS, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 56

§1 – La primauté excessive du secret des affaires sur le droit d'accès à l'information en matière environnementale

Les effets concrets du secret des affaires sur la preuve. Le secret des affaires est protégé par les articles L 151-1 et suivants et R. 153-1 et suivants du Code de commerce⁴¹⁰. En France, les informations relatives à l'organisation et au fonctionnement des entreprises sont globalement considérées comme des données « internes », et leur publication est donc laissée au bon vouloir de ces dernières. Les communications des entreprises sont donc principalement tournées vers ce qui leur est « commercialement utile » à l'égard de leur client⁴¹¹, et non utile en termes d'information du public. Les obligations d'informations existantes ne semblent pas satisfaisantes au regard du niveau de précision exigé par la preuve dans le cadre d'action judiciaire, notamment en responsabilité.

L'accès des inspecteurs de l'environnement à l'information. Aux termes de l'article L. 172-11 du Code de l'environnement, les inspecteurs de l'environnement peuvent accéder aux informations pertinentes dans le cadre de leur contrôle et ne doivent pas se voir opposer un secret, sans motif légitime. Pour autant, nous l'expliquons précédemment, ces contrôles administratifs font défaut en pratique et ce palliatif n'est donc que partiellement satisfaisant.

Un déficit contrôlé d'informations du public. Au-delà de la protection directe du secret des affaires, un manque cruel d'informations publiques se fait ressentir. Le 23 mars 2021⁴¹², après plusieurs saisines de la Commission d'accès aux documents administratifs, l'association FNE publiait sur son site internet un rapport confidentiel remis au ministre de l'Agriculture dressant un diagnostic complet et un bilan des quatorze dernières années d'actions politique en matière de réduction de l'usage des pesticides⁴¹³. Alors même que ce rapport contient des solutions

⁴¹⁰ Articles introduits par la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

⁴¹¹ S. COSSART et L. BOURGEOIS, « L'article 145 du Code de procédure civile : un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques de droits fondamentaux », *Semaine sociale Lamy*, 5 octobre 2020, n°1923, pp. 10-16

⁴¹² L'association souhaitait dans le même temps que les candidats à l'élection présidentielle de 2022 considèrent pleinement les enjeux des pesticides.

⁴¹³ Il s'agit du rapport « Evaluation des actions financières du programme Ecophyto » sollicité en juillet 2020 par le ministre de l'Agriculture, qui apprécie l'efficacité des fonds publics dédiés à la réduction de l'usage des pesticides. Remis en mars 2021, certaines recommandations auraient pu être appliquées dès 2021 notamment celles visant à réorienter des subventions de la politique agricole européenne qui se négociait alors, représentant un financement de 9 milliards d'euros pour l'agriculture française par an. Disponible à partir du lien suivant : https://ged.fne.asso.fr/silverpeas/services/sharing/attachments/kmelia200/c90cf9b8-3854-4c0f-9837-d5410dd32726/ee5beb5e-2b46-4159-a495-27cdb5f53a62/013476-01_rapport.pdf

réalistes et rapidement applicables, il n'a jamais été rendu public. L'association a donc choisi de le publier pour permettre au public d'être informé.

Une opacité décriée par le public. Des contentieux récents et médiatisés, relatifs aux produits phytosanitaires ou aux produits de santé ont pu témoigner de l'exigence de transparence accrue du public⁴¹⁴. La question de l'équilibre entre droit d'information du public et secret des affaires se pose particulièrement pour le domaine des nanotechnologies. Présents dans des secteurs très variés⁴¹⁵, les nanomatériaux sont depuis plusieurs années en circulation « libre » sur les marchés. Les autorités publiques n'avaient jusqu'alors pas pris la mesure de leur proportion malgré le risque - pour la santé humaine et l'environnement - présenté par l'exposition à certaines substances⁴¹⁶. En France, sur le fondement des lois « Grenelle »⁴¹⁷, une base de déclaration obligatoire dénommée « R-nano » a été instituée en 2012⁴¹⁸. Cinq catégories de données⁴¹⁹ sont ainsi recensées et la gestion de cette base a été confiée à l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES). Les autorités doivent à la fois protéger la confidentialité de certaines données déclarées par les entreprises, tout en permettant l'effectivité du principe de déclaration et de mise à disposition du public, en vertu non seulement du droit d'accès aux documents administratifs⁴²⁰, mais aussi du droit d'accès aux informations environnementales⁴²¹. A l'heure actuelle seule une infime partie des

⁴¹⁴ T. BERGER, « Accès à l'information du public et protection des secrets d'affaires : le cas des nanotechnologies », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/1 (Volume 47), pp. 121-137

⁴¹⁵ Secteurs concernant notamment l'électronique, le textile, le biomédical, l'agroalimentaire, les produits entretiens, ou encore l'énergie.

⁴¹⁶ Ceci a été rappelé dans l'Action 13 « Mieux gérer les risques sanitaires et environnementaux des nanomatériaux » du 4^{ème} Plan national santé environnement (PNSE) publié en Avril 2021 par le Gouvernement : « Les risques induits par ces substances sur l'environnement et la santé restent souvent méconnus, compte tenu de leur développement rapide et récent et du manque de recul ou de données pour évaluer leurs effets » p. 42 https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/210526_PNSE%202021_BAT2.pdf

⁴¹⁷ Loi dite « Grenelle I », Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ; et Loi dite « Grenelle II », Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

⁴¹⁸ La base de déclaration obligatoire « R-nano » a été instituée par deux décrets (Décret n° 2012-232 du 17 février 2012 relatif à la déclaration annuelle des substances à l'état ; Décret n° 2012-233 du 17 février 2012 relatif à la désignation des organismes mentionnés à l'article L. 523-3 du code de l'environnement) et un arrêté du 6 août 2012 relatif au contenu et aux conditions de présentation de la déclaration annuelle des substances à l'état nanoparticulaire).

⁴¹⁹ Il s'agit des données relatives à « l'identité du déclarant », à l'« identité de la substance à l'état nanoparticulaire », à la « quantité de la substance à l'état nanoparticulaire produite, distribuée ou importée au cours de l'année relative à la déclaration », aux « usages de la substance à l'état nanoparticulaire » et à l'« identité des utilisateurs professionnels à qui le déclarant a cédé la substance à l'état nanoparticulaire » (V. Annexe de l'arrêté du 6 août 2012).

⁴²⁰ Articles L. 300-1 à L. 312-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁴²¹ Articles L. 124-1 et suivant du Code de l'environnement.

données est automatiquement rendue accessible au public au travers d'un rapport annuel de l'ANSES. Deux dynamiques se développent dans des sens opposés : l'une favorise « l'open data » des données des autorités publiques, l'autre renforce la protection des données des entreprises⁴²². Si certaines données peuvent légitimement être présumées confidentielles⁴²³, d'autres sont plus contestables⁴²⁴. Lorsqu'une demande d'accès à l'information porte sur une information relative à des « émissions dans l'environnement », la protection du secret des affaires n'est pas un motif valable de refus⁴²⁵. Cette position partagée par le Tribunal de l'UE qui considère que l'intérêt public à divulguer l'information est systématiquement supérieur aux intérêts à en protéger l'exclusivité⁴²⁶. Identifier ce que les informations relatives aux émissions dans l'environnement recouvrent précisément reste néanmoins difficile⁴²⁷. Enfin, le secret ne peut être opposé lorsqu'il est confronté à un « intérêt légitime », ce qui suppose une mise en balance des intérêts complexe puisqu'ils sont de nature différente et le plus souvent, ne sont pas quantifiables⁴²⁸. D'autres données semblent surprotégées par rapport à l'information du public⁴²⁹. Selon Tristan Berger, l'arrêté du 6 août 2012 a ainsi conduit à l'inversion du principe

⁴²² T. BERGER, *L'accès aux informations environnementales et sanitaires : le cas des substances chimiques, des OGM et des médicaments*, Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2020, p. 146 et s.

⁴²³ Article L. 523-1 4^e alinéa du code de l'environnement : « Les informations concernant l'identité des utilisateurs professionnels sont reconnues comme relevant du secret des affaires et sont traitées conformément au II de l'article L. 521-7. »

⁴²⁴ Au sein même des données confidentielles, certaines contradictions semblent pouvoir être constatées : alors que le Règlement européen du 18 décembre 2006 (Article 118 alinéa 2, b du Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006), prévoit que la « divulgation des informations [relatives à l'utilisation d'une substance] est considérée comme portant atteinte à la protection des intérêts commerciaux de la personne concernée », la loi Grenelle II prévoit que « les informations relatives à l'identité et aux usages des substances ainsi déclarées sont mises à la disposition du public » (Article 185 de la loi dite Grenelle II, Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, créant l'article L. 523-1 du Code de l'Environnement, alinéa 2).

⁴²⁵ CADA, 6 décembre 2018, conseil n° 20184341, « Pour cette première catégorie des informations relatives à des émissions de substance dans l'environnement, ainsi qu'il a été dit, l'accès ne peut être restreint pour des motifs tirés de la confidentialité des informations commerciales ou industrielles ».

⁴²⁶ Tribunal (UE), 23 septembre 2015, *ClientEarth et The International Chemical Secretariat contre Agence européenne des produits chimiques (ECHA)*, aff. n° T-245/11.

⁴²⁷ A priori, certaines des informations contenues dans la base R-Nano pourraient y entrer, telles que les informations relatives à l'utilisation des nanomatériaux dans le secteur de l'agriculture, ou relatives à un nanomatériau précis dans le cas d'une contamination de l'environnement dans le cadre d'accidents industriels comme l'incendie de l'usine Lubrizol.

⁴²⁸ T. BERGER, « Accès à l'information du public et protection des secrets d'affaires : le cas des nanotechnologies », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/1 (Volume 47), pp. 121-137

⁴²⁹ Le déclarant a la possibilité de former une demande de confidentialité « argumentée » : dans la majorité des cas, le déclarant réaffirme simplement que l'information doit être considérée comme confidentielle, sans précision supplémentaire. Parfois même, l'argumentation tient en quelques lettres, chiffres voire signes comme « // » ou « RAS » ou encore « Nothing special » (selon l'analyse réalisée par Tristan Berger à partir de la lecture des 331

et de l'exception, le principe de publicité de l'information prévu dans la loi Grenelle II, devenant l'exception⁴³⁰. En réalité, la première version de l'arrêté sur R-nano⁴³¹ ne prévoyait aucune présomption de confidentialité, conformément à la loi Grenelle II, mais les entreprises consultées souhaitaient le plus haut niveau de confidentialité possible, ce qui a conduit à la nouvelle rédaction de l'arrêté par le ministère de l'Ecologie⁴³², démontrant là encore, l'influence des lobbys.

Face à une protection a priori démesurée du secret des affaires, l'effectivité du droit à la preuve dans le domaine environnemental permettrait une meilleure prise en compte des intérêts de l'environnement.

§2 – La primauté souhaitable d'un droit à la preuve effectif

La consécration du droit à la preuve. Le droit à la preuve a été explicitement⁴³³ consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012⁴³⁴. Si l'article 6§1 de la Conv. EDH n'aborde pas explicitement la question de la preuve, la CEDH a jugé que les Etats contractants étaient libres de régler les questions d'admissibilité, de force probante et de charge de la preuve, tout en précisant que l'obtention des preuves devait se faire conformément aux droits protégés par la Conv. EDH. Dans un arrêt du 13 mai 2008⁴³⁵, la CEDH a implicitement rattaché le droit à la preuve au droit à un procès équitable. Le droit à la preuve peut être défini comme le droit d'obtenir et de produire des preuves. Il incite le juge à jouer un rôle plus actif dans la recherche des preuves. Dans l'arrêt de 2012, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas recherché « si la production litigieuse n'était pas (...) proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Sur le fondement de cette formule floue, la Cour de cassation

demandes de confidentialité extraites de la base R-nano). L'autorité administrative accueille ces demandes de confidentialité.

Par ailleurs, le site de la base R-nano ne semble pas faire l'objet d'actualisation fréquente puisque le dernier bilan disponible est le rapport d'étude de 2019, publié en juin 2020. <https://www.r-nano.fr/>

⁴³⁰ La confidentialité de la grande majorité des données étant devenue de principe. V. par exemple Points II et IV de l'annexe de l'arrêté du 6 août 2012.

⁴³¹ Version du 30 novembre 2011, consultable via http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/arrete_declaration_nano.pdf#xd_co_f=NWJIMzFmMWEtNzhiOS00YzYwLTkwOGQtMDMyZjU0OWNkOGNi~

⁴³² In fine, 14 des 17 catégories d'informations relatives à l'identité et aux usages de substance sont présumées confidentielles, alors même que la Loi Grenelle II prévoit leur publicité.

⁴³³ Car la doctrine utilisait déjà l'expression de « droit à la preuve » depuis le XXe siècle. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *op.cit.*, p. 507, n°634

⁴³⁴ Civ, 1^{re}, 5 avril 2012, n°11-14.177

⁴³⁵ CEDH 13 mai 2008, *N/N. et T.A. contre Belgique*, n°65097/01

admet la production d'une preuve illicite en ce qu'elle porterait une atteinte proportionnée au secret des affaires. Ainsi, le secret des affaires est l'un des secrets susceptibles de céder face au droit à la preuve, et les dispositions introduites par la loi de 2018⁴³⁶ semblent le permettre pleinement⁴³⁷. Le droit tente ainsi d'instaurer une proportionnalité entre le trouble causé par la recherche de la vérité et l'importance des principes en cause dans le litige : plus l'action judiciaire implique une valeur fondamentale, plus les moyens employés peuvent être intrusifs⁴³⁸.

L'absence de consécration explicite d'un droit à la preuve en matière d'environnement.

L'article 9§3 de la Convention d'Aarhus⁴³⁹ garantit le droit au juge en matière d'environnement et l'article 9§4 précise les qualités que les procédures judiciaires ou administratives doivent revêtir : le recours doit être effectif, suffisant et équitable. Selon Camille Mialot, ces adjectifs permettent de déduire « intuitivement que le droit à la preuve » y est inclus⁴⁴⁰. Néanmoins, l'invocabilité directe de l'article 9§3 de la Convention a été refusée par le Conseil d'Etat⁴⁴¹. En dehors de la convention, le droit de la preuve n'est pas consacré en droit administratif. Malgré le droit à un recours effectif, en dehors des règles relatives à la charge de la preuve, aucune garantie textuelle ou principe général ne consacre le droit à la preuve dans cette matière. Mais dans l'esprit du juge administratif, il semblerait que les questions probatoires soient liées au pouvoir souverain du juge davantage qu'à l'effectivité du recours⁴⁴².

La primauté nécessaire du droit à la preuve dans le cadre du principe de précaution. Le demandeur doit prouver qu'il existe un risque sérieux ou probable et doit apporter la preuve

⁴³⁶ Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

⁴³⁷ En effet, en aval de la mesure probatoire, les textes prévoient un aménagement de la production ou de la communication de la pièce litigieuse, notamment par le biais de l'huissier. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *op.cit.*, p. 507, n°634

⁴³⁸ JF. CESARO, *op. cit.*, p. 87

⁴³⁹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998

⁴⁴⁰ C. MIALOT, « Le droit au juge en matière d'environnement comporte-t-il un droit à la preuve. Les droits administratifs français et espagnol face à l'article 9 alinéa 3 de la convention d'Aarhus », p. 193, in J. BETAÏLE (dir.) *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement organisé à l'Université Toulouse 1 Capitole en 2015, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

⁴⁴¹ CE 5 avril 2006, n°275742 : « les stipulations précitées créent seulement des obligations entre les Etats parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne ; qu'elles ne peuvent par suite, et en tout état de cause, être utilement invoquées par les requérants »

⁴⁴² C. MIALOT, *op. cit.*, p. 200.

d'un dommage grave ou irréversible. Mais pour pouvoir prouver ces risques, encore faut-il que le demandeur ait accès aux informations pertinentes, souvent protégées par le secret des affaires⁴⁴³. Une fois la vraisemblance établie, il appartiendra au défendeur, par exemple une entreprise, de prouver qu'un tel risque sérieux n'existe pas. Dans le cas inverse, elle succombera à ce doute. La consécration du principe de précaution n'a pas entraîné de renversement de charge de la preuve : même dans les hypothèses où une autorisation préalable est imposée, il s'agit davantage d'une obligation substantielle comme l'obligation d'évaluer ou de suivre, que d'un véritable renversement de charge de la preuve. Toutefois, il s'agit bien d'une adaptation de la charge de la preuve, propre aux domaines dans lesquels il existe une inégalité entre les parties et une incertitude importante⁴⁴⁴. Pour permettre l'effectivité du principe de précaution, qui vise précisément à protéger l'environnement, l'écartement plus systématique du secret des affaires pourrait être souhaitable.

Par ailleurs, pour permettre un meilleur équilibre de la répartition de la charge de la preuve, il conviendra d'appréhender les atouts de la théorie relative à l'aptitude à la preuve.

Section 2 – Un remède possible via une nouvelle attribution de la charge de la preuve fondée sur l'aptitude à la preuve

Le tempérament de « l'aptitude à la preuve ». Il s'agit du principe selon lequel les parties seraient chargées de contribuer à la recherche de la vérité, dans la limite de leurs capacités respectives⁴⁴⁵. La charge de la preuve repose alors sur la partie qui dispose déjà de l'élément de preuve, ou qui a de manière plus générale, une aptitude à produire la preuve en justice⁴⁴⁶. Cette notion doctrinale traduit une logique d'équité. Dès le XVIIIe siècle, dans le cadre de sa réflexion sur une procédure idéale qu'il qualifiait de naturelle, Jérémy Bentham prônait que « l'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénients, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais ». Dans

⁴⁴³ M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

⁴⁴⁴ Ainsi, Mustapha Mekki propose de rédiger un nouvel article relatif à la charge de la preuve qui s'inspirerait du principe de précaution : « Le demandeur présente des éléments de fait, au moyen notamment de données scientifiques, laissant supposer l'existence d'un risque sérieux de causer des dommages graves et/ou irréversibles. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver l'absence de risques sérieux. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

⁴⁴⁵ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve » » p.15, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

⁴⁴⁶ E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 205

le même sens, Raymond Legeais considérait que « le droit devrait tenir compte des inégalités de puissance qui existent le plus souvent entre les plaideurs » et il ajoutait « si le procès dans une société civilisée ne doit pas être un combat judiciaire, mais une occasion de définir ce qui est juste, il n’y a aucune bonne raison à faire peser systématiquement toutes les obligations de preuve sur le demandeur qui, n’aura pas les moyens suffisants pour les remplir »⁴⁴⁷.

Une technique juridique ponctuellement utilisée au service d’une politique. La charge probatoire est tantôt mise au service d’une politique substantielle, tantôt processuelle⁴⁴⁸. En ce sens, l’aptitude à la preuve est parfois citée comme critère de répartition de la charge de la preuve, mais rarement en tant qu’élément principal. Il s’agit davantage d’un critère de second rang qui permet d’expliquer certaines solutions isolées. A ce titre, le contentieux administratif appréhende dans certains secteurs l’aptitude à la preuve. Par exemple, en matière fiscale, « les éléments de preuve qu’une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamées qu’à celle-ci »⁴⁴⁹. Or, dans le cadre du principe de précaution, la notion d’aptitude à la preuve serait particulièrement judicieuse puisque la partie demanderesse n’est pas toujours, ou plutôt rarement, la plus apte à établir une certaine vraisemblance des faits avant toute mesure d’instruction.

La charge dynamique de la preuve, un principe de droit positif en Espagne. Selon cette règle de charge dynamique de la preuve, la charge de la preuve incombe à la partie qui détient l’information ou qui dispose de la plus grande facilité à prouver le fait nécessaire à la résolution du litige. Cette charge est « dynamique » car le juge peut faire varier l’attribution du fardeau probatoire. Le juge prend ainsi en considération la disponibilité et la facilité de chaque partie à rapporter la preuve⁴⁵⁰, particulièrement lorsque les relations entre les parties sont asymétriques.

⁴⁴⁷ R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil – permanences et transformations*, Paris, LGDJ, 1955, p. 169, cité in E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 207

⁴⁴⁸ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve » » p.9, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

⁴⁴⁹ CE, section, 20 juin 2003, Société Etablissements Lebreton, n°232832

⁴⁵⁰ Article 217.7 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* : « el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. » (Traduction : le tribunal tient compte de la disponibilité et de la facilité d’obtention de la preuve de chacune des parties au litige.)

En France, le principe émerge, mais il n'est pas encore pleinement consacré. En outre, les difficultés liées au fardeau probatoire pesant sur les parties sont renforcées par l'obstacle lié à l'ineffectivité des mesures d'instructions ordonnées par les juges.

Titre 2 – Un obstacle tenant à l'ineffectivité de l'intervention du juge dans la réunion des preuves par le recours aux mesures d'instruction

Vers un dépassement de la répartition classique des rôles du juge et des parties dans la charge de la preuve. La distinction classique opérée entre la procédure accusatoire et inquisitoire est nuancée lorsque l'on adopte une approche transversale des contentieux : un principe de coopération entre les parties et le juge apparaît⁴⁵¹ dans toutes les traditions probatoires, à des degrés divers. Du fait de la complexité du processus probatoire, certains auteurs, préfèrent la notion de « charge de la vraisemblance » qui serait plus exacte que celle de charge de la preuve⁴⁵². La charge de la vraisemblance insiste sur l'existence d'un processus dans lequel interviennent à la fois les parties mais aussi le juge puisqu'il joue un rôle indéniable dans la réunion des preuves⁴⁵³. Non seulement car il peut tenir compte des enjeux moraux, politiques, sociaux et économiques lorsqu'il interprète une règle de droit, mais aussi car il dispose du pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction. Celles-ci sont essentielles pour permettre la constitution des preuves (Chapitre 1). Au sein de ces mesures, en matière environnementale, l'expertise détient une place spécifique (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le recours essentiel aux mesures d'instruction

Les mesures d'instruction sont les investigations menées directement sous la direction du juge, soit à la demande des parties, soit à la demande du juge lui-même. Elles existent en droit civil⁴⁵⁴, administratif et pénal⁴⁵⁵. Pour pouvoir bénéficier des mesures d'instructions, les parties doivent en amont alléguer certains faits, susceptibles de convaincre le juge. Grâce à une approche transversale, il apparaît que l'exigence d'une mesure d'instruction « utile » est commune aux trois contentieux (Section 1). A défaut de preuves suffisantes pour caractériser l'utilité de la

⁴⁵¹ L'article 10 du Code civil prévoit en ce sens que « chacun » doit contribuer à la recherche de la vérité.

⁴⁵² M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve » » p.9, in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

⁴⁵³ COUR DE CASSATION, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2012, p. 170

⁴⁵⁴ Dans le cadre des mesures d'instructions civiles.

⁴⁵⁵ Dans le cadre de l'instruction préparatoire.

mesure, les parties devraient être en mesure de pouvoir compter sur le soutien actif du juge, au travers de son pouvoir d'office (Section 2).

Section 1 – L'enjeu probatoire représenté par la caractérisation de l'utilité de la mesure d'instruction par les parties

La caractérisation de l'existence d'un motif légitime permettant l'octroi d'une mesure d'instruction utile à la résolution d'un litige potentiel dans le cadre de l'article 145 du CPC. Face au doute omniprésent, les mesures d'instructions et notamment les mesures in futurum prévues à l'article 145 du CPC, permettent aux parties une pré-constitution de la preuve. La mesure d'instruction sollicitée ne peut être accordée que si le demandeur apporte la preuve que celle-ci sera utile en vue d'un litige à venir. Dès lors, le demandeur devra fournir quelques éléments de preuve pour convaincre le juge de la pertinence de cette démarche, ainsi que de ses chances de succès⁴⁵⁶. Or là encore, l'opacité relatives aux informations disponibles souvent décriée constitue un obstacle important. Le coût des différentes mesures d'instruction est également un frein à leur concrétisation⁴⁵⁷. Au demeurant, même dans le cadre de la procédure sur requête prévue à l'article 493 du CPC, la preuve nécessaire à justifier l'écartement du contradictoire de la procédure s'avère tout aussi difficile.

L'exigence de l'utilité de la mesure des référés-constat et référés-instruction administratifs.

Le référés-constat, prévu à l'article R. 531-1 du CJA organise une procédure particulièrement souple. Une requête peut être présentée sans ministère d'avocat, et même en l'absence de décision administrative préalable. L'objet de cette mesure est de permettre de « désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction ». Quand bien même il ne serait pas énoncé explicitement, le critère de l'utilité s'applique à cette mesure, et le juge peut refuser d'ordonner le constat si la partie qui le demande a la possibilité de le faire réaliser de sa propre initiative par un huissier. La réalisation du constat se déroule de façon contradictoire, en présence des personnes concernées⁴⁵⁸. Le référés constat peut ainsi s'avérer utile pour procéder à la constatation

⁴⁵⁶ Civ, 2^e, 20 mars 2014, n°13-14.985

⁴⁵⁷ Pourquoi ne pas aller plus loin et mettre à la charge du défendeur économiquement plus apte à financer les mesures d'instructions demandées par le demandeur, s'interroge Mustapha Mekki. M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

⁴⁵⁸ D. GILTARD, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Paris, V. Référés (référé constat et référé instruction), n°37

matérielle de faits, et éviter ainsi le dépérissement des preuves avant l'engagement d'un éventuel procès administratif⁴⁵⁹, mais est à nouveau limité par l'exigence de la preuve de son utilité. Le référé-instruction⁴⁶⁰ repose sur la même logique que le référé-constat mais permet au juge de prescrire une plus large palette de mesures d'instructions, notamment une expertise. La condition de l'utilité de la mesure est à nouveau exigée⁴⁶¹. En effet, l'article R. 532-1 du CJA prévoit que « Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure *utile* d'expertise ou d'instruction. ». La définition de l'utilité du référé-instruction s'établit a contrario : si le demandeur peut recueillir lui-même ou faire recueillir par un tiers les informations qui lui sont nécessaires pour l'instance, alors la mesure n'est pas jugée utile. Au demeurant, le juge des référés n'ordonne que rarement d'expertise⁴⁶². Le juge des référés ne peut pas considérer que la preuve appartient particulièrement au demandeur, car il doit se déterminer au vu de l'ensemble de l'instruction⁴⁶³.

La caractérisation de l'utilité de la mesure permettant l'intervention du JLD en matière pénale. Selon les dispositions de l'article L. 216-13 du Code de l'environnement, le JLD peut intervenir notamment à la demande de la victime ou d'une association agréée de protection de l'environnement pour ordonner la suspension ou l'interdiction des opérations qui constituent une infraction pénale.

Une logique inversée exigeant la preuve de l'utilité d'une mesure, sollicitée pour obtenir les preuves de cette utilité. En cas de refus d'ordonner une mesure d'instruction - lorsque la mesure sollicitée est jugée « inutile » ou plutôt inapte pour fonder l'allégation en cause – le juge apprécie en réalité la pertinence du résultat de la demande. Avant même que la preuve n'ait pu être obtenue, le juge considère la valeur que celle-ci aurait pu avoir dans le cadre de la résolution du litige. Dans cette situation, ce n'est donc plus la pertinence du fait allégué qui sera jugée, mais la pertinence de la preuve en tant que telle. La pertinence dépasse ainsi l'objet même de la preuve pour recouvrir la preuve dans son entier⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ O. GOHIN et F. POULET, *Contentieux administratif*, 10^e édition, Lexis Nexis, 2020, p. 426, n°404

⁴⁶⁰ Prévus à l'article R.532-1 du CJA.

⁴⁶¹ CE, 7 juin 2004, n°252869

⁴⁶² R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 9^e édition, Dalloz, 2020, p. 1140, n°621.143

⁴⁶³ CE 23 décembre 2016, n°405791, *Section française de l'OIP*, AJDA 2017.8 observations D. POUPEAU.

⁴⁶⁴ E. VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015, p. 168

Face à ce risque, les parties devraient pouvoir compter sur le soutien du juge qui dispose de pouvoir d'office⁴⁶⁵ pour pouvoir ordonner ces mesures d'instruction.

Section 2 – Le rôle théoriquement actif des juges grâce à leur pouvoir d'office

La liberté du juge administratif en matière probatoire. La question de la charge de la preuve n'est pas traitée par le CJA⁴⁶⁶ et malgré le principe de liberté de la preuve et le caractère inquisitoire de la procédure, le droit administratif n'a pas dégagé de théorie claire de la preuve. En principe néanmoins, le juge doit avoir un rôle actif dans l'établissement de la vérité⁴⁶⁷. La règle selon laquelle la charge de la preuve incombe au requérant s'applique ainsi avec de nombreuses nuances, du fait de l'inégalité initiale⁴⁶⁸ entre les parties au procès. En principe, chaque partie établit les faits nécessaires au succès de sa prétention, mais le Conseil d'Etat est venu alléger cette charge de la preuve dans un arrêt *Cordière*. Les juges du fond avaient exigé de la part de la requérante d'apporter la preuve de l'existence d'emplois vacants dans le département de la société dans lequel elle demandait à être réintégrée. Le Conseil d'Etat considère qu'il s'agit d'une erreur de droit : dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge ne peut exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance, si sa requête repose sur des allégations sérieuses, non démenties par des éléments produits par l'administration en défense. Ainsi, le juge est tenu de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction pour vérifier les allégations du demandeur, « en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur »⁴⁶⁹. Cet arrêt semble permettre de conclure que le demandeur ne peut en principe voir son recours rejeté au seul motif que ses allégations ne seraient pas suffisamment étayées.

En pratique, un juge administratif passif dans la recherche des preuves. Face à l'inertie d'un juge rapporteur, les parties se retrouvent concrètement désarmées⁴⁷⁰. Selon Camille Mialot, cette procédure ne peut être considérée comme permettant un recours effectif à un juge

⁴⁶⁵ Article 143 du CPC.

⁴⁶⁶ E. VERGES, *ibidem*, p.220

⁴⁶⁷ R. ROUQUETTE, *op.cit.*, p. 308, n°221.221

⁴⁶⁸ L'administration bénéficie d'un avantage structurel puisqu'elle sera presque toujours défenderesse en première instance

⁴⁶⁹ CE, 26 novembre 2012, *Brigitte Cordière*, n°354108

⁴⁷⁰ R. ROUQUETTE, *op.cit.*, p. 308, n°221.221

car celui-ci a tendance à ne rendre aucun compte de l'usage de ses pouvoirs en matière de preuve. De plus, cela ne serait pas non plus équitable en ce que l'inertie du juge en matière de preuve profite in fine au défendeur, l'Administration le plus souvent⁴⁷¹. Par exemple, dans le cadre du dossier relatif au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, le coût réel du projet était en cause. Pour écarter la contestation du requérant qui portait sur ces estimations, le juge administratif se borne à écarter les allégations, sans citer les chiffres ni user de ses pouvoirs d'investigation. Surtout, le juge semble partir du principe que les chiffres présentés par l'administration sont nécessairement exacts et rejette ainsi les arguments adverses sans autre justification apparente que celle de l'exactitude présumée des chiffres présentés par l'administration⁴⁷². Bruno Latour considère que le juge administratif français a systématiquement tendance à vouloir sauver la décision administrative, qui est de manière générale présumée légale⁴⁷³. En somme, le juge administratif n'a pas d'obligation juridique le conduisant à devoir rendre compte aux justiciables de son action, ou plutôt de son inaction⁴⁷⁴.

Un juge pénal limité en théorie par la justification de ces décisions. S'agissant du juge pénal, celui-ci doit justifier les mesures d'instruction qu'il ordonne ou refuse. Au demeurant, ces refus, en tant que décision juridictionnelle, sont susceptibles d'appel devant la Chambre de l'instruction⁴⁷⁵.

L'impuissance du juge face à l'absence d'exécution d'une mesure d'instruction octroyée sur le fondement de l'article 145 du CPC. Par un arrêt du 17 septembre 2020⁴⁷⁶, la Cour d'Appel de Paris a débouté plusieurs ONG de leur demande de mesure d'instruction formée contre la société pétrolière Perenco SA, sur le fondement de l'article 145 du CPC. Ainsi, si cet article semble pouvoir constituer un palliatif pour faire face au manque de preuve des parties,

⁴⁷¹ C. MIALOT, *op. cit.*, p. 194

⁴⁷² CAA de Nantes, 7 février 2014, n°13NT00547, point 10 : « qu'en se bornant, par ailleurs, à invoquer " le dépassement prévisible des coûts de construction ", les requérants ne démontrent pas que ces coûts auraient été sous-estimés ; (...) qu'il n'est pas davantage établi que l'actualisation des avantages du bilan socio-économique de l'opération, effectuée conformément aux méthodes définies par les instructions-cadre, sur la base du taux de 4 % fixé par le commissariat général du plan, serait erronée »

⁴⁷³ B. LATOUR, *op. cit.*, p. 320

⁴⁷⁴ C. MIALOT, *op. cit.* p. 198,

⁴⁷⁵ Article 185 et 186 du CPP.

⁴⁷⁶ CA de Paris, 17 septembre 2020, n°19/20669 : l'action des ONG visait à obtenir des éléments de preuve relatifs à l'exercice effectif de la direction et du contrôle d'opérations pétrolières en République démocratique du Congo depuis le territoire français.

il s'avère inadéquat en pratique et conduit à une impunité des multinationales⁴⁷⁷. Dans cette affaire, les ONG avaient obtenu par voie d'ordonnance sur requête⁴⁷⁸, une injonction de communication des informations requises. La société se voyait également enjoindre de laisser un huissier de justice accéder à ses serveurs informatiques pour rechercher les informations nécessaires. Mais, au stade de l'exécution de la mesure d'instruction ordonnée, une fois l'huissier arrivé sur les lieux, la société Perenco a refusé d'exécuter la décision⁴⁷⁹. Or face à ce refus d'accès aux preuves pourtant considérées comme utiles, voire indispensables au succès de l'action en justice des ONG, aucun recours ne semble constituer un remède adéquat pour le justiciable. Si une astreinte venait à être prononcée contre la société, celle-ci aurait les fonds nécessaires pour différer suffisamment l'exécution de la décision et ainsi supprimer les éléments incriminants pendant cette durée. Si l'huissier entendait recourir à la force publique⁴⁸⁰, cette intervention aurait de forte chance d'être trop tardive et l'huissier ne peut rien exercer sans un minimum de collaboration de la société pour connaître la localisation des informations. Enfin, même dans le cadre d'une sanction a posteriori qui serait considérée comme une faute en tant que résistance abusive⁴⁸¹ la réparation prononcée ne serait que pécuniaire, et le demandeur n'aurait toujours pas obtenu la preuve sollicitée. Pour basculer sur le terrain pénal, les poursuites fondées sur l'infraction de rébellion supposeraient un acte de violence⁴⁸², qui a priori, sera rarement commis. Ceci peut sembler d'autant plus choquant que les voies d'exécutions sont censées être les mêmes pour tous, sans faveur particulière pour les multinationales. Celui qui doit exécuter une décision de justice ne devrait ainsi pas être en mesure de s'en affranchir uniquement car il n'y est pas physiquement contraint ou parce qu'il peut financièrement se le permettre⁴⁸³. De plus, si l'exécution de l'ordonnance sur requête avait causé un dommage à la société défenderesse, la réparation aurait incombé au demandeur,

⁴⁷⁷ S. COSSART et L. BOURGEOIS, *op.cit.*

⁴⁷⁸ Ordonnance du TGI de Paris du 2 août 2019 <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2021/03/perenco-ordonnance-2-aout-2019.pdf>

⁴⁷⁹ « *Je ne vous donnerai rien. Je ne vous laisserai pas faire votre mission* », a lâché Tobias Daroczi, responsable juridique du groupe, à l'attention de l'huissier », comme l'explique J. TILOUINE « Perenco, boîte noire pétrolière et toxique en RDC », *Le Monde*, 9 octobre 2019

⁴⁸⁰ Articles L. 153-2 et R. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution

⁴⁸¹ Article 1241 du Code civil

⁴⁸² Article 433-6 du Code pénal : « Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance *violente* à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (...). »

⁴⁸³ En l'espèce, la société Perenco aurait pu contester la mesure d'instruction en formant un référé pour obtenir la rétractation de l'ordonnance sur requête, sur le fondement de l'article 496 alinéa 2 du CPC.

comme le prévoit l'article L. 111-10 du CPCE⁴⁸⁴. Selon certains auteurs, l'application in concreto de l'article 145 du CPC amène à conclure que le droit français « ne permet pas de garantir le respect des dispositions de l'article 6 » de la Conv. EDH⁴⁸⁵. Les dispositions de l'article 11 du CPC pourraient être pertinentes en ce qu'elles permettent au juge de « tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus » de la part d'une partie d'apporter son concours aux mesures d'instruction. Le juge du fond pourrait ainsi considérer comme établi ce que les éléments demandés *in futurum* avaient précisément vocation à prouver⁴⁸⁶.

Ainsi, si le recours aux mesures d'instructions de manière général ne se montre pas pleinement satisfaisant, il s'agira désormais de s'intéresser à la place particulière qu'occupent les experts dans le cadre de ces mesures d'instruction.

Chapitre 2 – Le recours particulier à la preuve par expertise, propre au contentieux environnemental

Alors que les difficultés probatoires liées à la matière environnementale sont à l'origine même du risque de la preuve⁴⁸⁷, les études relatives à l'expertise⁴⁸⁸ indiquent que le procès environnemental développe des techniques pour remédier à l'incertitude scientifique. Ceci serait la manifestation d'une « autorégulation du risque de la preuve »⁴⁸⁹. En réalité, l'expertise n'est pas une pratique nouvelle, mais elle se trouve réactualisée par le procès environnemental (Section 1) et ce d'autant plus au vu du poids accordé aux conclusions de l'expert (Section 2).

Section 1 – La réactualisation pertinente de la pratique ancienne de l'expertise

L'expert occupe une place prépondérante au sein du procès environnemental (§1) ce qui permet de s'interroger sur les garanties que ce spécialiste est à même de fournir (§2).

⁴⁸⁴ Article L. 111-10 CPCE : « L'exécution est poursuivie aux risques du créancier. (...) »

⁴⁸⁵ S. COSSART et L. BOURGEOIS, *op.cit.*

⁴⁸⁶ Traditionnellement, la jurisprudence retient que les magistrats apprécient souverainement les conséquences qu'ils sont tenus de donner à un refus de concourir à la manifestation de la vérité en considérant comme établis les faits que la mesure d'instruction avait initialement pour but de prouver. V. Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-13.151.

⁴⁸⁷ Le risque de la preuve indique que la partie qui ne parvient pas à convaincre le juge du bien-fondé de ses prétentions supporte le risque de perdre le procès.

⁴⁸⁸ L'expertise est une « mesure d'instruction consistant, pour le technicien commis par un juge, à examiner une question de fait et à donner un avis purement technique de manière à éclairer le juge, sans porter d'appréciation d'ordre juridique ». G. CORNU (dir.), « Expertise », *op.cit.*, p. 439

⁴⁸⁹ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Quelle place pour le « risque de la preuve » en droit de l'environnement ?*, p. 87 in M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.) *op.cit.*

§1 – Le constat d’un recours accru aux experts

L’importance significative prise par l’expertise. « Dès qu’il a existé des juges, ceux-ci ont eu besoin d’hommes plus compétents qu’eux-mêmes pour éclairer leur conscience » énonce le professeur René Garraud en 1907⁴⁹⁰, témoignant ainsi de l’ancienneté du recours à l’expertise judiciaire. En effet, l’expertise est pratiquée habituellement dans les procédures civiles et pénales depuis l’Ancien Régime⁴⁹¹ et se développe particulièrement à partir du XIXe siècle. En matière environnementale, la place toujours plus grande laissée à la science et à l’incertitude scientifique conduit à solliciter toujours davantage d’expertise. Le recours à l’expert est même souvent impliqué par le droit. Par exemple pour évaluer le préjudice écologique, seul un expert peut estimer comment et pourquoi une atteinte est « non négligeable » pour l’environnement, en déterminant précisément les éléments de la biodiversité atteints. En ce sens, l’effectivité du droit de l’environnement ne peut se faire sans un recours accru aux experts afin d’apporter les preuves susceptibles de le rendre applicable.

L’utilisation de l’expertise pour éclairer le juge face aux difficultés factuelles. Selon la formule de Raphaël Encinas de Munagorri, décider « en connaissance de cause » requiert « la connaissance de la chose »⁴⁹². L’expertise occupe une place essentielle non seulement en amont de tout contentieux, notamment pour obtenir certaines autorisations⁴⁹³, mais aussi dans le cadre du contentieux lui-même. Les juges sont de plus en plus souvent amenés non seulement à tenir compte des expertises dites « décisionnelles », mais aussi à les apprécier pour déterminer si ses résultats justifient la mesure litigieuse. Des critiques récurrentes dénoncent notamment en matière pénale l’utilisation de l’expertise comme solution pour combler les faiblesses de l’instruction. Il s’agirait alors en ce sens d’une forme de « délégation » de la fonction

⁴⁹⁰ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, 1907, p. 597, cité dans COUR DE CASSATION, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2012 de la Cour de cassation, p. 292

⁴⁹¹ Par exemple, l’ordonnance criminelle de 1670 prescrivait le recours aux médecins et chirurgiens pour constater un décès ou l’état des blessures d’une personne, ou à un expert pour pratiquer la comparaison d’écrites, in COUR DE CASSATION, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2012 de la Cour de cassation, p. 293

⁴⁹² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Expertise », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2014, p. 686

⁴⁹³ Les études d’impact conditionnent l’exercice de certaines activités. D’autres dispositifs sont également prévus pour évaluer les incidences sur l’environnement.

judiciaire⁴⁹⁴. Dans cette perspective, les conclusions expertales revêtent une certaine fonction normative. Or, une constante collaboration entre l'expert et le juge doit régner : « l'expert ne saurait travailler (...) dans un univers où il serait le maître absolu »⁴⁹⁵. Le recours accru à l'expert permet de s'interroger de ce fait non seulement sur la place que le juge occupe dans la maîtrise de la « vérité judiciaire », mais en parallèle, mais aussi sur la possibilité d'une instrumentalisation de la science. En effet, comment porter un regard juridique sur la validité scientifique d'une expertise sans risquer dans le même temps d'être réducteur et de s'en tenir aux théories dominantes.

L'expert, un acteur ambivalent du contentieux environnemental. « L'impossible isolement du juge face aux controverses de la science a fait de l'expert scientifique un acteur à la fois majeur et contesté des contentieux environnementaux »⁴⁹⁶. Or rappelons-le, tout oppose l'expert et le chercheur. « Pour ce dernier, il n'y a jamais d'autorité de la « science » jugée »⁴⁹⁷. En prétendant donner au savant devenu expert « le pouvoir de lier et de délier », on lui remet entre les mains les clefs d'une souveraineté qui n'appartient qu'au droit estime Bruno Latour.

Dès lors, si le procès environnemental ne peut fonctionner sans recourir à un expert, comment contrôler la valeur de la vérité présentée par cet acteur incontournable.

§2 – La mise en évidence d'un recours contrasté à l'expert

Plus les experts sont sollicités, plus les défauts de ces derniers sont soulignés. L'exigence d'un expert de qualité se fait ainsi ressentir. Afin de pouvoir se fier objectivement à la preuve que l'expert fournira, celui-ci se doit être indépendant et compétent (A), ce qui n'est pas sans poser des difficultés pratiques au vu des savoirs scientifiques mobilisés (B).

⁴⁹⁴ B. OPPETIT, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xème colloque des IEJ, Poitiers 1975, PUF, Paris, 1976, p. 76

⁴⁹⁵ B. OPPETIT, *ibidem*, p. 77

⁴⁹⁶ E. TRUILHE-MARENGO, « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC la gouvernance confiée aux experts ? », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 6, novembre 2009

⁴⁹⁷ B. LATOUR, *op.cit.*, p. 252

A. Une indépendance et une compétence nécessaires à l'établissement d'une preuve objective

Les qualités requises de l'expertise. Du fait de cette place croissante, il devient essentiel de soumettre les expertises et donc les experts à des procédures strictes permettant le respect de principes fondamentaux comme le principe de la contradiction, de l'impartialité ou de l'indépendance. Des règles doivent ainsi permettre la prévention des risques de conflits d'intérêts, garantir une transparence, rendre compréhensible les rapports d'expertises. De plus, la célérité et la bonne technicité des experts désignés pour la conservation ou l'analyse des preuves apparaît cruciale en matière de justice écologique. Du reste, la complexité des différents types de mesures de réparation écologique et la grande variété des atteintes environnementales fait appel à des compétences professionnelles diverses et souvent complémentaires ou polyvalentes⁴⁹⁸. Il n'existe pas de nomenclature judiciaire d'expert spécialisé dans les litiges environnementaux⁴⁹⁹.

L'encadrement harmonisé des qualités de l'expert. Depuis un arrêt rendu par la CEDH⁵⁰⁰, l'expertise est désormais intégrée au procès équitable. Du fait de sa contribution déterminante à la formation de jugement, l'expertise judiciaire doit respecter les règles du procès équitable. L'expertise n'est, selon la CEDH, pas uniquement un élément factuel parmi d'autres pour le juge. Elle contribue, bien au contraire, à élaborer en partie la décision. Dès lors, il est attendu de l'expert un certain degré de compétence et d'impartialité, ce qui varie d'un système juridique à l'autre.

Bien que ces exigences théoriques ne soient a priori pas contestables, la pratique démontre que certaines des qualités de l'expert et en particulier son indépendance, peuvent faire défaut.

B. Une indépendance illusoire en pratique

Les limites induites par le nombre restreint d'experts indépendants et compétents. Les expertises judiciaires permettent au juge de comprendre et d'évaluer les situations qu'ils jugent. En principe, les Cours d'Appel tiennent des listes indicatives d'experts⁵⁰¹. Ces listes ne sont pas

⁴⁹⁸ Par exemple : géologues, écologues, biologistes, agronomes, économistes, urbanistes, géographes etc.

⁴⁹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 78

⁵⁰⁰ CEDH *Mantovanelli contre France*, 18 mars 1997, n° 21497/93, violation de l'article 6§1 de la Conv. EDH.

⁵⁰¹ V. L'article 157 du CPP

pleinement satisfaisantes car elles ne disposent que d'un nombre limité d'experts compétents dans la matière environnementale⁵⁰². De plus, établir une liste définitive d'experts face à l'immensité des connaissances sollicitées semble délicat⁵⁰³. Dans des domaines de compétence pointus, il est particulièrement difficile d'identifier des experts qui sont à la fois compétents et indépendants⁵⁰⁴ : « le nombre d'experts disponibles se raréfie à mesure que le niveau de technicité est élevé »⁵⁰⁵. En ce sens, l'indépendance effective de l'expert peut donc sembler illusoire. Ce nombre limité d'expert est d'autant plus problématique compte tenu des débats scientifiques qui caractérisent les sujets environnementaux. L'idéal serait ainsi pour les magistrats de faire appel à une collégialité d'experts.

L'insertion de l'expertise dans des stratégies contentieuses chronophages. Les parties soulèvent très souvent des objections relatives aux qualités de ces experts. En effet, pour être reconnus comme compétents, ces spécialistes se seront fait connaître au travers de travaux qui peuvent mettre en cause leur impartialité. Il s'agit pour certains avocats de véritables stratégies contentieuses visant à épuiser le vivier d'experts disponibles, pourtant déjà limité⁵⁰⁶.

La multiplicité des expertises utilisées par le juge. A l'évidence, le recours du juge judiciaire à l'expertise est fréquent⁵⁰⁷. Le juge s'appuie alors tantôt sur des expertises réalisées en amont, pour éclairer la décision publique, sur des rapports accessibles publiquement, mais également sur des expertises que le juge administratif aurait pu diligenter au cours de la même affaire⁵⁰⁸. Le recours à l'expert est fréquent dans le cadre du contentieux administratif de la responsabilité puisque l'expert permettra d'évaluer l'étendue des différents préjudices subis ou d'éclairer le juge sur le lien de causalité. A l'inverse dans le contentieux de la légalité, si l'administration a au préalable fait appel à un comité scientifique sérieux qui aura respecté les procédures prévues,

⁵⁰² MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 79

⁵⁰³ MINISTERE DE LA JUSTICE, *op.cit.*, p. 32, en ce sens, le groupe de travail propose que les experts figurent sur une liste agréée par le ministère de la Justice et par le ministère chargé de l'environnement en fonction de leur expérience de leur maîtrise de la discipline en cause. Cette liste serait ouverte à des organismes de recherche publics (Université, CNRS) et privé (fondations).

⁵⁰⁴ E. TRUILHE-MARENGO, « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC la gouvernance confiée aux experts ? », VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement, Hors-série 6, novembre 2009

⁵⁰⁵ MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *op.cit.*, p. 78

⁵⁰⁶ MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *ibidem*, p. 78

⁵⁰⁷ Par exemple pour évaluer l'étendue de la pollution d'un sol et ainsi déterminer le préjudice concerné.

⁵⁰⁸ Par exemple, dans le cadre de l'affaire Erika, le juge civil a pu s'appuyer sur l'expertise réalisée suite à des ordonnances rendues par le juge des référés du tribunal administratif, qui lui avaient ensuite été communiquées.

le juge s'en tiendra à un contrôle minimum ou restreint de l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁰⁹. En outre, les parties s'appuient souvent sur des expertises rendues publiques⁵¹⁰, ou des expertises semi-publiques qui sont alors soumises au juge. Ces expertises peuvent avoir été demandées pour fonder une prise de position politique⁵¹¹. Ainsi, la légitimité de ces décisions politiques devient tributaire de la qualité de cette expertise⁵¹². De plus, au travers des programmes de recherche qu'elles lancent ou financent, les autorités publiques exercent un rôle déterminant sur cette production de connaissance scientifique. Au demeurant, même dans le cadre de prise de décision politique, la manque d'indépendance est un risque non négligeable⁵¹³. Or, puisque les expertises publiques sont souvent reprises par les parties dans le cadre du procès, cette problématique se répercute sur notre sujet. Les expertises peuvent enfin avoir été directement sollicitées par les parties, de manière unilatérale ou conventionnelle.

Le contrôle presque inexistant du juge sur les expertises présentées par les parties. Les juges manquent de recul et de connaissances pour s'écarter des études présentées par les parties. En cas de discussion technique dans le contentieux administratif, « c'est le maître d'ouvrage qui a toujours raison ; la preuve ? L'étude qu'il a payée abonde dans son sens ». Benoist Busson⁵¹⁴ ajoute qu'il n'est pas rare que les bureaux d'étude qui réalisent les expertises demandées par le donneur d'ordre – qui est dans le même temps client – s'autocensurent sur les inventaires à réaliser⁵¹⁵. Or le système semble particulièrement défaillant puisque le Conseil d'Etat ne contrôle pas le contenu technique du dossier. Ainsi, même en présence d'une contre-

⁵⁰⁹ E. TRUILHE-MARENGO (dir.) *La relation juge-expert. Variables et tendances dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Rapport final, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, mai 2010

⁵¹⁰ Dans le contentieux des antennes-relais, le rapport Zmirou, réalisé à la demande du ministère de la Santé, a pu occuper une place importante. « Le groupe d'expert recommande une approche de gestion des risques s'inspirant du principe de précaution, et visant à réduire au plus bas niveau possible l'exposition du public ». Rapport ZMIROU « Les téléphones mobiles, leurs stations de base et la santé. Etat des connaissances et recommandations », 16 janvier 2001 https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Zmirou_-_2001.pdf

⁵¹¹ On peut par exemple citer l'affaire du « Gaucho ». Diverses études et avis de la Commission d'études de la toxicité des produits antiparasitaires à usage agricole ont ainsi été cités pour justifier de la suspension provisoire de l'autorisation de mise sur le marché de cet insecticide en 1999, en attendant les résultats d'une enquête épidémiologique complémentaire.

⁵¹² M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

⁵¹³ Par exemple, alors que le CIRC s'est appuyé sur la littérature scientifique publiée pour considérer le glyphosate comme un produit cancérigène, d'autres agences avaient considéré l'inverse en se fondant sur des études privées directement fournies par les industriels en cause. V. L'intervention de MARCEL GOLDBERG au colloque organisé par la Cour de cassation. COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

⁵¹⁴ Avocat au barreau de Paris et membre du directoire juridique de FNE

⁵¹⁵ B. BUSSON, *op. cit.*, p. 301

étude, « si l'étude d'impact oublie des espèces, c'est le maître d'ouvrage qui a raison »⁵¹⁶. Ce constat est néanmoins plus nuancé devant le tribunal administratif où l'insuffisance d'une étude d'impact peut empêcher la réalisation d'un projet.

Ce manque d'indépendance et de compétence des experts est d'autant plus problématique au regard du poids que le rapport de l'expert détient dans la décision finale du juge.

Section 2 - Le poids écrasant du rapport de l'expert dans la décision du juge

Le juge n'est pas expert. Cette évidence justifie le fait que le juge aura tendance à confirmer la « vérité de l'expert », technique, sans pouvoir avoir de regard critique sur celle-ci (§1). L'expertise peut même être utilisée par le juge comme un moyen de justifier sa décision, précisément car il sera dépourvu de connaissance technique (§2).

§1 – La confirmation classique par le juge de la vérité présentée par l'expert

« **L'expert n'est pas un savant ; on lui demande d'être un sage** »⁵¹⁷. Face à la complexité de la matière environnementale et l'incertitude scientifique, les limites de l'expertise dans la formation de la décision judiciaire se dévoilent. L'expert ne peut pas sous-évaluer la relativité de ses connaissances. En tant que scientifique, l'expert peut légitimement avoir des doutes. La question devient alors la suivante : peut-il se permettre d'en faire état ?⁵¹⁸ Dans une espèce précitée⁵¹⁹, l'expert avait conclu à l'absence de risque de pollution résultant d'un forage d'un puits dans le voisinage. Toutefois, s'appliquant sans doute à lui-même le principe de précaution, il avait souligné, humblement, l'impuissance de la science et l'impossibilité de toute certitude en rappelant la nécessité de « protéger le captage » en préconisant « la condamnation du forage ». Ainsi, parce que le contentieux environnemental se dévoile dans un contexte d'incertitude scientifique, l'expert se retrouve démuné. Il n'a pas de vérité scientifique quasi-absolue à présenter. Selon certains auteurs, ceci aboutirait à un renforcement du droit par

⁵¹⁶ B. BUSSON, *ibidem*, p. 302

⁵¹⁷ F. EWALD, « Philosophie politique du principe de précaution », in *Le principe de précaution*, PUF, Que sais-je, 2008, p. 47

⁵¹⁸ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 18

⁵¹⁹ Civ, 3^e, 3 mars 2010, n°08-19.108, note E. BOUCHET LE MAPPIAN, D. 2010.2419

rapport à l'expertise, le juge étant amené à décider finalement seul, en fonction d'éléments extrascientifiques⁵²⁰.

L'influence considérable de l'expert sur la décision du juge. Face à ce premier constat, il semblerait que l'incertitude qui domine les connaissances scientifiques « court-circuite l'expert dans sa fonction de soutien principal à la décision »⁵²¹. Or, le juge se trouve nécessairement grandement influencé par les rapports présentés par les experts, il est « contraint d'accorder foi à la science dont il ne maîtrise ni la connaissance ni la méthode »⁵²². De plus, le juge ne peut déléguer ses pouvoirs juridictionnels par des mesures d'instruction trop générales. La difficulté provient de la distinction parfois floue entre la mission du juge et de l'expert et d'une confusion des compétences respectives du juge et du technicien. Selon Jean Pradel⁵²³, il existe une contradiction à dire que l'expert ne lie pas le juge dès lors que sa nomination ne s'explique que par l'incompétence dudit juge. Nombreux sont les auteurs qui constatent qu'en pratique, le juge se contente d'entériner les conclusions des experts. Pour pouvoir considérer que le juge ne se contente pas de reprendre les conclusions de l'expert⁵²⁴, il faudrait que celui-ci puisse choisir parmi les éléments qui lui sont présentés. D'une part, l'on peut se demander sur quel fondement s'opérerait cette sélection, d'autre part, il est compliqué de déterminer la portée réelle de l'expertise dans l'issue du litige puisque le raisonnement du magistrat ne sera que rarement explicite. Ce n'est qu'au travers des passages des rapports cités par le juge que ce dernier les rend apparents dans son jugement, tout en gardant à l'esprit que les éléments qui ont permis la construction de la décision juridictionnelle sont bien souvent dissous au cœur de celle-ci⁵²⁵. Le risque serait alors de trop se fier à une expertise qui ne serait pas de qualité. Dans les pays anglophones, ce problème est dénoncé sous la notion de *junk science*, ou science poubelle. Il s'agit des systèmes où les expertises et contre-expertises sont librement administrées par les

⁵²⁰ È. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in È. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012, p. 23

⁵²¹ E. TRUILHE-MARENGO (dir.) *La relation juge-expert. Variables et tendances dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Rapport final, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, mai 2010

⁵²² G. CANIVET, « Introduction », in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, Documentation française, 2000, p. 13

⁵²³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 20e éd., 2019, n°441, p. 411

⁵²⁴ L'on pourra ici se référer à la décision du TGI de Tours du 24 juillet 2008 précédemment citée dans laquelle le juge du fond considère que certains préjudices échappent en partie à une appréhension expertale en ce qu'ils soulèvent des enjeux philosophiques et sociaux, et ce, au nom de la protection de l'environnement.

⁵²⁵ E. TRUILHE-MARENGO (dir.) *La relation juge-expert. Variables et tendances dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Rapport final, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, mai 2010

parties sous le contrôle du juge, et peuvent notamment conduire en erreur des jurés influençables sur des questions de fait⁵²⁶.

Non seulement l'expertise est souvent confirmée par le juge, mais au-delà, ce-dernier s'en sert fréquemment pour justifier une décision qui se voudrait protectrice de l'environnement.

§2 – L'utilisation de l'expertise comme argument de justification du jugement

L'absence de complétude de l'expertise scientifique. Même une fois déconstruit, le « mythe de l'expertise », en ce qu'elle ne serait qu'une somme de connaissances pleinement distincte du droit, demeure. La remise en cause de cette sagesse absolue de l'expert est récente, et elle est peu souvent le fait de juristes, mais plutôt de sociologues et de politistes⁵²⁷. Or nous l'avons vu, si les expertises judiciaires et non judiciaires sont au cœur du contentieux environnemental, la qualité de ces expertises qui fondent les décisions peut être discutée. De plus, par-delà les questions techniques, les questions sociales et éthiques ont de l'importance et peuvent inviter le juge à aller au-delà de la science⁵²⁸. Utiliser l'expertise comme élément de justification de la décision judiciaire peut donc s'avérer problématique

Repenser le modèle de l'expertise selon des exemples de droit comparé. Ainsi, puisque le juge n'a pas toujours la possibilité d'être pleinement éclairé sur les données des litiges techniques, sans doute faut-il se tourner vers des modèles d'expertises plus convaincants car plus procéduralisés, qui pourraient mieux justifier la décision judiciaire. La procédure des *concurrent evidence* peut ainsi être mentionnée à ce titre. Dans le cadre de cette procédure australienne à l'origine, les experts sont nommés à titre individuel pour chaque affaire et chacun des experts rend un rapport. Un rapport commun présenté au juge rassemble les éléments divergents issus des différents rapports. Ce rapport est discuté par les experts, lors d'une réunion présidée par le juge, pendant laquelle celui-ci, comme les avocats, peuvent les questionner. C'est à partir du consensus qui s'en dégagera que le juge pourra trancher. Le dialogue entre les

⁵²⁶ G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », RTD civ, 2005, p. 33

⁵²⁷ E. TRUILHE-MARENGO (dir.) *La relation juge-expert. Variables et tendances dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Rapport final, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, mai 2010

⁵²⁸ Dans le cadre du principe de précaution, la question est bien celle de la détermination de « l'acceptabilité du risque ». M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », D. 2014.1391

scientifiques est donc procéduralisé ce qui permet au juge de statuer sur des données dont la validité scientifique sera plus précise. Un tel modèle d'expertise serait sans doute utile aux contentieux environnementaux, notamment pour évaluer le préjudice écologique afin de dépasser les contradictions potentielles relatives à l'évaluation de l'atteinte à la biodiversité. Le contentieux climatique pourrait particulièrement bénéficier de ces preuves plus solides, qui font défaut à l'heure actuelle notamment pour apprécier la causalité⁵²⁹. C'est donc in fine par ce mouvement de complexification du droit et des faits que le juge est amené à adapter les catégories juridiques existantes, voire à en créer de nouvelles⁵³⁰, afin d'assurer une meilleure protection de l'environnement.

⁵²⁹ P. McCLELLAN, "Concurrence expert evidence", in *Medicine and Law Conference keynote address*, 2007, p. 16: "Concurrent evidence requires the experts to prepare a short point document which incorporates a summary of the matters upon which they are agreed but more significantly matters upon which they disagree. The experts are sworn together and using the summary of matters upon which they disagree the judge settles an agenda with counsel for a directed discussion, chaired by the judge, of the issues the subject of disagreement. The process provides an opportunity for each expert to place their view before the court on a particular issue or sub-issue (...) Within a short time of the discussion commencing, you can feel the release of the tension, which infects the conventional evidence gathering process. Those who might normally be shy or diffident are able to relax and contribute fully to the discussion. (...) [The experts] believe that there is less risk that their evidence will be distorted by the advocate's skill. It is also significantly more efficient" https://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/Pre-2015%20Speeches/McClellan/mcclellan_2007.11.29.pdf

⁵³⁰ E. TRUILHE-MARENGO (dir.) *La relation juge-expert. Variables et tendances dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Rapport final, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, mai 2010

Conclusion

Un constat ambivalent rythmé par des victoires symboliques en faveur de l'environnement. Les décisions prenant le parti de la protection de l'environnement, au détriment des critères techniques relatifs à la preuve, existent mais s'illustrent par leur rareté et leur spécificité. Certains juges sont sensibles à la cause environnementale mais doivent toujours chercher à la concilier avec des intérêts économiques, notamment liés au développement durable. De plus, quand bien même les difficultés probatoires auraient été surmontées, se pose la question de l'effectivité de la condamnation ou de la réparation prononcée. La réparation en nature suppose la définition de modalités de contrôle et l'existence d'acteurs susceptibles de les effectuer. Or l'expert éventuellement nommé au cours de l'instance sera dessaisi une fois sa mission terminée et n'a pas vocation à avoir un rôle de maître d'œuvre⁵³¹. Les victoires pour l'environnement sont donc en demi-teinte. Par exemple, cinq ans après la première victoire⁵³² dans laquelle le Conseil d'Etat enjoignait l'Etat d'adopter un plan relatif à la qualité de l'air permettant de ramener les concentrations en dioxyde d'azote et en particules fines PM10 sous les valeurs limites⁵³³, dans le délai le plus court possible, l'inaction demeure, malgré le prononcé d'astreintes considérables⁵³⁴. Très récemment encore, l'Etat nous invite à suivre une « saison 3 »⁵³⁵ de l'affaire Grande Synthe, relative à sa responsabilité dans l'absence de diminution des émissions de GES. Dans une décision remarquable du 1^{er} juillet 2021⁵³⁶, le Conseil d'Etat avait fixé un ultimatum au 31 mars 2022 pour que le pouvoir exécutif renforce sa politique de réduction des émissions de GES⁵³⁷. Le 4 mai 2022, la réponse tardive de l'exécutif était transmise au Conseil d'Etat : elle ne convainc pas⁵³⁸. Cette opération de « pure

⁵³¹ MINISTERE DE LA JUSTICE, *op.cit.*, p. 47

⁵³² CE, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n°394254

⁵³³ Fixées par l'article R. 221-1 du code de l'environnement.

⁵³⁴ En 2020, le Conseil d'Etat condamne l'Etat au paiement d'une astreinte considérable de 10 millions d'euros par semestres de retard. CE, Ass., 10 juillet 2020, *Association les Amis de la Terre et autres* n°428409. En août 2021, sur le fondement de l'article L. 911-5 du CJA, le Conseil d'Etat met en œuvre la menace qui pesait sur l'Etat et le condamne à verser, au titre de la liquidation provisoire de l'astreinte la somme annoncée, soit 10 millions d'euros. CE, 4 août 2021, n°428409

⁵³⁵ S. MANDARD, « Inaction climatique » de la France : le gouvernement vante son bilan et assure que le pays est en bonne voie pour atteindre ses objectifs ». *Le Monde*, 4 mai 2022

⁵³⁶ CE, Section, 1^{er} juillet 2021, *Commune de Grande Synthe* n°427301

⁵³⁷ L'Etat devait ainsi renforcer sa politique climatique et prendre toutes les mesures possibles pour infléchir la courbe des émissions.

⁵³⁸ Le gouvernement y soutient que l'ensemble des actions entreprises durant le quinquennat permettront de tenir les objectifs. Le document récapitule l'ensemble des textes adoptés depuis 2017 pour « décarboner » la France, puis les investissements réalisés pour soutenir la transition écologique, soutenant ainsi que le rythme de réduction des émissions de GES aurait doublé pendant le quinquennat.

communication »⁵³⁹ marque le début d'un nouvel épisode de cette saga judiciaire, sous la menace d'une nouvelle astreinte financière.

Des échecs paradoxaux encourageants. Comme il y a des « victoires symboliques », il arrive parfois qu'il y ait des « échecs paradoxaux »⁵⁴⁰. Même perdus, certains procès climatiques permettent des avancées en dehors des prétoires, via une « conscientisation » des questions climatiques⁵⁴¹. Les idées circulent alors au travers de la société, pour atteindre les agendas politiques, et parfois dépasser les frontières. Ainsi, si l'on doutait encore de la pertinence de la place occupée par l'environnement devant les juges, la réponse est sans doute à chercher en partie dans cet intérêt indirect.

Une réforme nécessaire du droit de la preuve. Parmi les travaux de recherche transversaux, le thème de la causalité, de la preuve et du contentieux environnemental sont classés parmi les sujets méritants un approfondissement nécessaire⁵⁴². La pratique le confirme. L'ensemble des auteurs s'accordent et considèrent que l'essentiel du sujet en matière de droit relatif à l'environnement n'est pas la répression mais la prévention⁵⁴³. « Une fois qu'une espace a disparu, c'est trop tard »⁵⁴⁴. Dès lors, la preuve représente un enjeu particulier en termes d'accès, d'obtention et de production des éléments. Elle irradie en réalité l'ensemble des étapes du procès environnemental. Renforcer les obligations de transparence des entreprises⁵⁴⁵, permettre l'effectivité du droit d'accès à l'information pour rendre disponible des éléments de

⁵³⁹ Selon Corinne Lepage, l'avocate de Grande-Synthe, qui a de nouveau saisi le Conseil d'Etat pour contraindre le gouvernement à exécuter sa décision sous la menace d'une nouvelle astreinte financière, sous réserve de l'appréciation des juges administratifs.

⁵⁴⁰ V. par exemple l'arrêt du CE, 31 décembre 2020, *Commune d'Arcueil*, n°439253, qui annule l'arrêté du maire d'une commune qui faisait usage du pouvoir de police spéciale des produits phytopharmaceutiques en édictant des mesures réglementaires de portée générale contre l'utilisation de pesticides, notamment du glyphosate dans la commune. Si ce pouvoir revenait au ministre de l'Agriculture et aux préfets, il a néanmoins permis d'ouvrir un débat dans l'opinion publique sur l'usage des pesticides en France. Un arrêté du 15 janvier 2021 relatif aux mesures de protection des personnes lors de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques dans les propriétés privées, les lieux fréquents par le public, et dans les lieux à usage collectif a été adopté.

⁵⁴¹ J. ROCHFELD, *op.cit.*, p. 41

⁵⁴² J. BETAÏLE, « Annexe 1 – Récapitulatif des lacunes et sujets émergents », in *Etat des connaissances, justice et écologique, panorama des principales recherches*, Mission de recherche Droit et Justice, 2021. Disponible via : https://www.researchgate.net/publication/354850358_Etat_des_connaissances_Justice_et_ecologie_-_Panorama_des_principales_recherches

⁵⁴³ Conclusion de Christian Huglo. COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022

⁵⁴⁴ Conclusion de l'intervention de Corinne Lepage. *op. cit.*

⁵⁴⁵ S. COSSART et L. BOURGEOIS, *op.cit.*

preuve pertinents, réévaluer les exigences probatoires trop strictes, telles sont des perspectives vers lesquelles le droit de la preuve devrait tendre. Prouver dans le procès environnemental est donc indéniablement un défi, qu'il reste encore à relever.

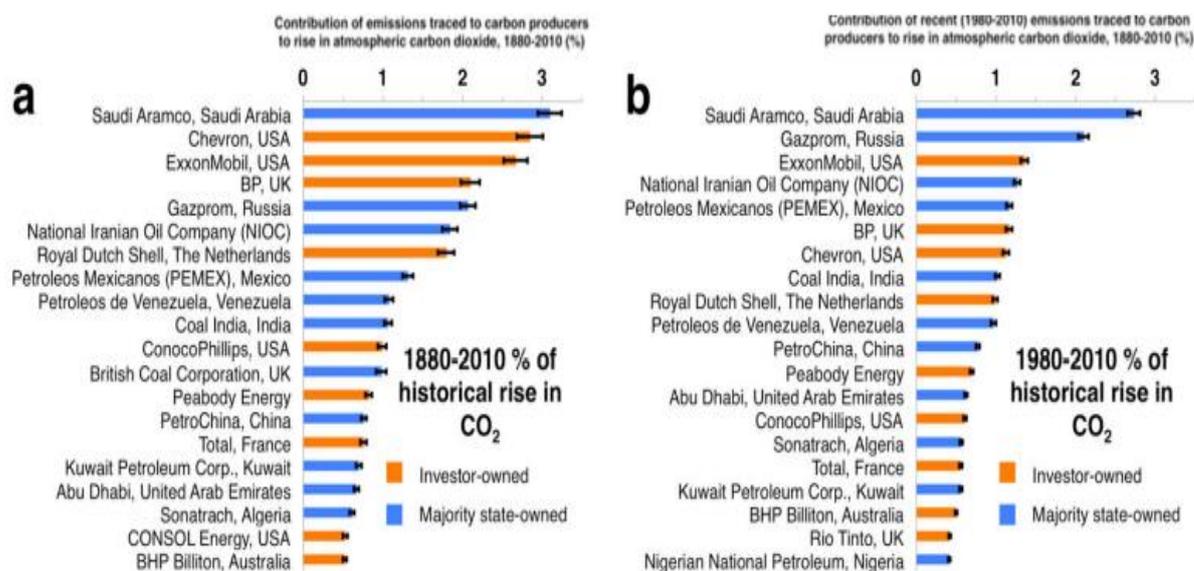
Annexes

Annexe 1. Taux de recours aux mesures alternatives aux poursuites

Taux de recours	2016	2017
Protection de l'eau et de l'air	79 %	80 %
Protection des espaces naturels	64 %	60 %
Protection du patrimoine naturel	72 %	76 %
Prévention des pollutions et des risques	63 %	63 %

Source : SID-Cassiopée – Traitement DACG-PEPP

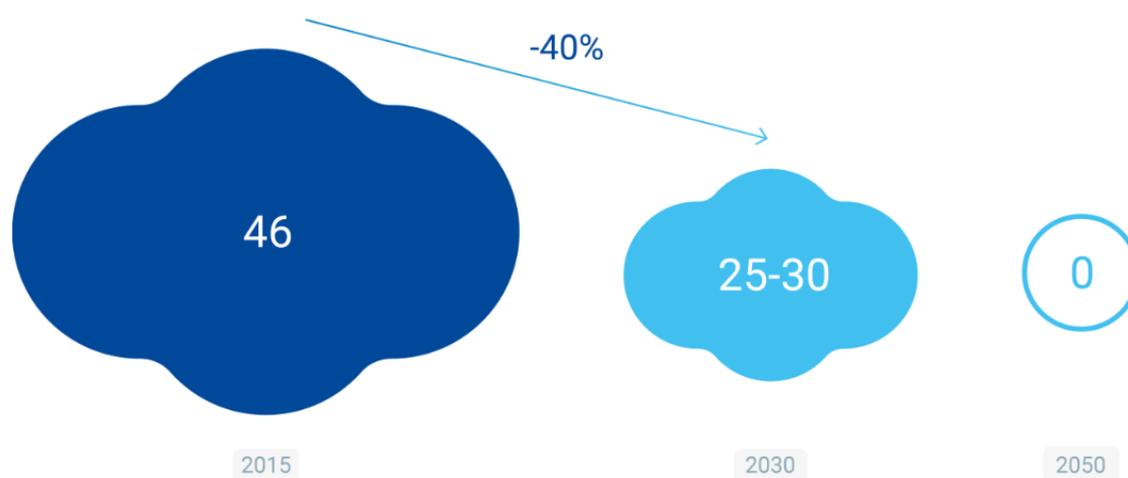
Annexe 2. Identification des 20 principales entreprises ayant contribué à la majeure partie des émissions de CO₂ dans l'atmosphère entre 1880 et 2010 (figure a), puis entre 1980 et 2010 (figure b).



Annexe 3. Exemple de publicité du groupe Total Energies provenant de son site internet

NOTRE AMBITION DE NEUTRALITÉ CARBONE

Baisse de nos émissions directes à Net Zéro en 2050 (en MtCO₂e)



Source : <https://totalenergies.com/lenergie-se-reinvente/>

Annexe 4. Communiqué de presse publié le 25 avril 2022



16 associations obtiennent la suspension des arrêtés annuels de pêche aux engins et filets des migrateurs du bassin de l'Adour fluvial pour aloses, lamproies et saumons

Pour la protection des aloses, des lamproies et des saumons, le jugement en référé 2200485 du 22 avril 2022 du Tribunal administratif de PAU a suspendu l'arrêté fixant les conditions d'exercice de la pêche en eau douce en 2022 pour ces trois espèces migratrices dans le département des LANDES.

Pour la protection des aloses et des lamproies, le jugement en référé 2200597 du 22 avril 2022 du Tribunal administratif de PAU a suspendu l'arrêté fixant les conditions d'exercice de la pêche en eau douce en 2022 pour ces deux espèces migratrices dans le département des PYRÉNÉES-ATLANTIQUES.

Communiqué de presse publié le 25 avril 2022, référés 2200485 et 2200597 du 22 avril 2022

1/6

Ces suspensions ont été prononcées à la demande des mêmes 16 associations de défense de l'environnement et de protection des milieux aquatiques qui ont obtenu en mars dernier la suspension par le tribunal administratif de BORDEAUX des plans de gestion des poissons migrateurs (PLAGEPOMI) du bassin de l'Adour pour les aloses et les lamproies, et du bassin Garonne-Dordogne pour les lamproies.

Si l'administration n'a toujours pas tiré la moindre conclusion des suspensions des PLAGEPOMI, cette fois, la suspension de l'arrêté landais signifie que **plus aucun navire ne peut pêcher dans les eaux fluviales de l'Adour en amont du pont d'Urt depuis le 22 avril 2022.**

En amont du pont d'Urt, les poissons qui auront la chance de passer sains et saufs à côté des filets des pêcheurs maritimes de l'estuaire pourront espérer frayer sans être inquiétés.

C'est une première depuis des siècles.

Selon les statistiques mensuelles de pêche des 5 dernières années, nous évaluons à **plus de 3000 le nombre de poissons grands migrateurs qui seront épargnés** pour le seul mois de mai, avec une centaine de saumons, autant de truites, 2000 grandes aloses, 500 aloses feintes et peut être 400 lamproies.

Les contrevenants sont aimablement avertis que les requérants ont d'ores et déjà mobilisé les huissiers pour constater toute infraction sur l'eau.

Cette trêve ne sera que de courte durée. Il n'est pas difficile d'anticiper que l'administration qui, sans aucun complexe, défend bees et ongles la pêche aux engins et aux filets d'espèces en grandes difficultés trouvera moyen de contourner prochainement ces jugements.

Nous serons là pour réagir.

Nous rappelons que les jugements de BORDEAUX ont reconnu la puissance de la directive Habitats, là où le tribunal de PAU ne raisonne qu'avec le seul principe de précaution. Quand les deux raisonnements fusionneront enfin, alors la pêche aux engins et filets de l'Adour aura vécu ses dernières heures.

Ce moment approche. Les requérants incitent fortement les pêcheurs fluviaux à demander officiellement le rachat définitif de leurs droits de pêche.

La situation locale des espèces est la suivante :

-La lamproie est localement effondrée depuis 10 ans (captures et effectifs divisés par 10). Les activités reproductrices ne sont plus observées. Mais l'administration s'obstine à en autoriser le commerce pour 6 k€ sur l'Adour fluvial et 12 k€ sur l'Adour maritime. Pour comparaison, la lamproie a disparu du bassin Rhône Méditerranée depuis la moitié du XX^e siècle. Au cours des 20 dernières années, les individus observés s'y comptent **sur les doigts d'une seule main** et la dernière reproduction a été observée sur le Gardon ... en 2001. Imperturbable, l'administration y autorise toujours la pêche aux engins et filets et la vente.

-La grande alose s'est effondrée dans le bassin de la Garonne-Dordogne dans les années 2000 et le moratoire décidé APRÈS la dégringolade n'a évidemment pas produit ses effets puisque la

Communiqué de presse publié le 25 avril 2022, référés 2200485 et 2200597 du 22 avril 2022

2/6

population était déjà passée sous un seuil *irréversible*. L'administration qui doit assumer les disparitions successives dans les bassins girondins de l'esturgeon, du saumon, et de la grande alose compte reproduire aujourd'hui le même exploit dans le bassin de l'Adour où les comptages et les activités reproductrices des aloses ne cessent de décliner.

-Les effectifs de saumon du bassin de l'Adour ne se maintiennent qu'artificiellement grâce aux 1000 poissons du Gave de Pau tous issus de l'alexinage qu'il est prévu d'arrêter en 2027. Seuls 400 de ces poissons seraient capables de se reproduire de façon autonome et on ne sait pas du tout ce qu'il en restera une fois l'alexinage stoppé. Les trois autres sous-bassins (Saison, Nive et Nivelle) sont en situation très péjorative voire catastrophique (Nivelle). Le sous bassin principal du Gave d'Oloron résiste mais les frayères fondamentales de l'Ossau sont menacées par un déficit sédimentaire lié aux barrages et aussi par un projet assasin de carrière dans le bois du BAGER. Dans un document cinquant du 21 septembre 2021, l'Office Français de la Biodiversité a magistralement démontré que les prélèvements en 2016, 2017 et 2018 sont excessifs et empêchent le rétablissement de la population de salmonidés.

Après la suspension du PLAGEPOMI et des arrêtés annuels fluviaux, il ne reste plus qu'à abroger l'arrêté du 28 octobre 2009 qui organise la pêche maritime des poissons migrateurs dans l'estuaire de l'Adour. L'instruction de cette affaire, initiée de longue date par DÉFENSE DES MILIEUX AQUATIQUES est close depuis cinq mois. L'audience est imminente.

Les membres de la coalition sont par ordre alphabétique :

AAPPMA DE BASABÛRÛA
AAPPMA DES BAÏSES
AAPPMA DU GAVE D'OLORON
AAPPMA LA GAULE ASPOISE
AAPPMA LA GAULE ORTHÉZIENNE
AAPPMA LA GAULE PALOISE
AAPPMA LA GAULE PUYOLAISE
AAPPMA LE PESQUIT
ACCOB
ANPER-TOS
DÉFENSE DES MILIEUX AQUATIQUES
PROTECTION HAUT BÉARN ENVIRONNEMENT
SALMO TIERRA SALVA TIERRA
SEA SHEPHERD
SEPAANSO 40
SEPAANSO 64

Bibliographie

I. Dictionnaires

DENIS ALLAND et STEPHANE RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2014

LOÏC CADIET (dir.) *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004

GERARD CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e édition, PUF, Quadrige, Paris, 2020

ALAIN REY ET JOSETTE REY-DEBOVE (dir.), *Dictionnaire Le petit Robert de la langue française*, 2022

II. Manuels

CECILE CHAINAIS, FREDERIQUE FERRAND, LUCIE MAYER, SERGE GUINCHARD, *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et Arbitrage*, 35^e édition, Dalloz, Précis, 2020

DOMINIQUE GUIHAL, THIERRY FOSSIER, ET JACQUES-HENRI ROBERT. *Droit répressif de l'environnement*. Economica, 5e édition. Paris, 2021.

OLIVIER GOHIN et FLORIAN POULET, *Contentieux administratif*, 10^e édition, Lexis Nexis, 2020

ERIC NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2e édition, Lexis Nexis, Objectif Droit, 2014

MICHEL PRIEUR (dir.), *Droit de l'environnement*, 8e édition, Précis Dalloz, Paris, 2019

REMI ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 9^e édition, Dalloz, 2020

AGATHE VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 5e édition, PUF, Thémis droit, 2021

ETIENNE VERGES, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2015

III. Monographies

CAROLINE BOYER-CAPELLE ET EMILIE CHEVALIER, *Contentieux Stratégiques Approches Sectorielles*, LexisNexis, 2021

CYRILLE HARPET, PHILIPPE BILLET, JEAN-PHILIPPE PIERRON (dir.), *Justice et Injustices Environnementales*, l'Harmattan, Éthique, Droit et Développement Durable, Paris, 2016

MATHILDE HAUTEREAU-BOUTONNET ET EVE TRUILHE, *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits, 2020

NICOLAS KADA (dir.), *Droit et Climat, Interventions publiques locales et mobilisation citoyennes*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2022

BRUNO LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Editions de la Découverte, Paris, 2002

JUDITH ROCHFELD, *Justice pour le climat, Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, Paris, 2019

DIANE ROMAN, *La cause des droits, écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2021

ÈVE TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Droit des technologies, Bruxelles, 2012

IV. Thèses de doctorat et mémoire

TRISTAN BERGER, *L'accès aux informations environnementales et sanitaires : le cas des substances chimiques, des OGM et des médicaments*, thèse, CHRISTINE NOIVILLE (dir.), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2020

GABRIEL STETTLER, *Incertitudes scientifiques et causalité en responsabilité civile environnementale*, mémoire, JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI (dir.), Université Paris II Panthéon-Assas, 2018

EMMANUEL TREUIL, *La preuve en droit de l'environnement*, thèse, MARTINE REMOND-GOULLAUD (dir.), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002

V. Articles juridiques

TRISTAN BERGER, « Accès à l'information du public et protection des secrets d'affaires : le cas des nanotechnologies », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/1 (Volume 47), pp. 121-137

SARA BRIMO « Changer d'air ? » *AJDA* 2021.1104

MATHILDE BOUTONNET, « Les présomptions un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité », *D.* 2011.2089

« L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Environnement*, n° 1, 2013, étude 2

« Responsabilité civile environnementale », *Répertoire de droit civil*, novembre 2019, actualisation mai 2021

GUY CANIVET, « Introduction », in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, Documentation française, 2000

GUY CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.*, 2005, p. 33

SANDRA COSSART et LAURA BOURGEOIS, « L'article 145 du Code de procédure civile : un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques de droits fondamentaux », *Semaine sociale Lamy*, 5 octobre 2020, n°1923, pp. 10-16

JEAN-PIERRE DUPUY, « Penser les événements extrêmes », *Responsabilité & Environnement*, n° 57, janvier 2010, pp. 10-15.

OLIVIER FARDOUX, « Erreur de droit et intention délictueuse » *D.* 2006. 561

ALEXANDRE FLÜCKIGER, « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Librairie Droz, Tome XLI, 2003, N° 128, p. 107-127

THIERRY FOSSIER, FRANÇOIS LEVEQUE, « Le presque vrai et le pas tout à fait faux : probabilité et décision juridictionnelle » *JCP* 2012 n°14, 427

INES GALLMEISTER, « Lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B » *D.* 2008.1544

EMMANUELLE JOUANNET, « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », in HELENE RUIZ-FABRI, JEAN-MARC SOREL (Dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Pedone, collection Contentieux international, Paris, 2007

MICHEL VAN DE KERCHOVE, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviante et société*, 2000

SEBASTIEN MABILE ET LEA KARILA-COHEN, « Typologie du contentieux climatique en France », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2020, n°18, n°5

GILLES J. MARTIN et LAURENT NEYRET, « Préjudice écologique : première application de l'Eco-nomenclature », *D.* 2014.669

MUSTAPHA MEKKI, « Le droit privé de la preuve ... à l'épreuve du principe de précaution », *D.* 2014.1391

LAURENT NEYRET, « L'affaire *Erika* : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010.2238

BRUNO OPPETIT, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xème colloque des IEJ, Poitiers 1975, PUF, Paris, 1976

BEATRICE PARANCE, « Regard judiciaire sur l'étendue de la responsabilité d'un propriétaire pour les déchets abandonnés sur son site » *D.* 2012.2182

FLORIAN SAVONITTO, « La question prioritaire de constitutionnalité sur le préjudice écologique, une « petite » décision du Conseil Constitutionnel » *AJDA* 2021. 926

SIMON TAYLOR, « Law of Torts et préjudice écologique en droit anglais », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, 2016, dossier 13

ÈVE TRUILHE « Les procès fictifs en matière environnementale : faux procès, vrais effets ? » *Energie, environnement, infrastructures* n°4, avril 2019, dossier 13 §36

« Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC la gouvernance confiée aux experts ? », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 6, novembre 2009

VI. Actes de colloque

OLIVERA BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Actes du colloque du 15 octobre 2009 organisé par le CRJ de Pothier de l'Université d'Orléans, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2010.

JULIEN BETAÏLLE (dir.) *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement organisé à l'Université Toulouse 1 Capitole en 2015, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

MATHILDE HAUTEREAU-BOUTONNET et EVE TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Actes du colloque du 21 octobre 2019 tenu à la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021

MUSTAPHA MEKKI, LOÏC CADIET, CYRIL GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, Actes du colloque du 29 novembre 2013 à la Cour de cassation organisé par l'Institut de recherche pour un droit attractif (IRDA), Université Paris 13-Sorbonne Paris Cité et le Centre de recherche sur la justice et le procès (CRJP), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2015

MUSTAPHA MEKKI et ERIC NAIM-GESBERT (dir.), *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité ?*, Actes du colloque international organisé à Paris le 12 juin 2015 par la structure fédérative de l'Université Paris 13 IRDA et CERAP

MUSTAPHA MEKKI (dir.) *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Actes du colloque tenu à la Cour de cassation de Paris le 22 mai 2015, Bruylant, Droit et développement durable, Bruxelles, 2016

VII. Colloques en ligne

COUR DE CASSATION, *Faut-il modifier l'appréhension du lien de causalité*, Cycle 2022 - Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales, Cour de cassation, 31 mars 2022 - <https://www.youtube.com/watch?v=AbaHuhTnEYU>

COUR DE CASSATION, *Justice environnementale, Anciennes techniques procédurales versus nouveaux défis*, Cour de cassation 5 novembre 2020 - <https://www.youtube.com/watch?v=OVkgiYHI03Q>

VIII. Rapports

COUR DE CASSATION, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2012 de la Cour de cassation.

EVE TRUILHE-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert. Variables et tendances dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Rapport final, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, mai 2010

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira garde des sceaux, ministre de la Justice le 17 septembre 2013

MINISTERE DE LA JUSTICE ET MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *Une justice pour l'environnement*, Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement, établi par l'IGJ et le CGEDD, 31 octobre 2019

IX. Articles et dossiers de presse

France Nature Environnement, « Le trafic de déchets du bâtiment mis en lumière et lourdement puni par la justice », publié le 14 décembre 2021 sur le site internet France Nature Environnement

ARTHUR CARPENTIER, GARY DAGORN, ASSMA MAAD, SEVERINE MAUBLANC et LEA SANCHEZ « Ce que l'on sait après l'incendie de l'usine Lubrizol à Rouen », *Le Monde*, 28 septembre 2019

AUDREY GARRIC, « Climat : le GIEC s'alarme des conséquences vertigineuses d'un monde toujours plus chaud », *Le Monde*, 28 février 2022

STEPHANE MANDARD, « Un décès sur cinq dans le monde serait lié à la pollution de l'air », *Le Monde*, 9 février 2021

« « Inaction climatique » de la France : le gouvernement vante son bilan et assure que le pays est en bonne voie pour atteindre ses objectifs », *Le Monde*, 4 mai 2022

THOMAS LE ROUX, « Incendie à Rouen : « La régulation des risques et des pollutions protège avant tout l'industrie » Tribune publiée dans *Le Monde*, 1^{er} octobre 2019

JOAN TILOUINE, « Perenco, boîte noire pétrolière et toxique en RDC », *Le Monde*, 9 octobre 2019

MARTINE VALO, « Le gouvernement contraint de réglementer l'usage des pesticides dans les sites Natura 2000 », *Le Monde*, 16 novembre 2021

Table des matières

Remerciements	2
Sigles et abréviations	3
Sommaire	4
Introduction	6
Partie 1 – Un obstacle d’ordre substantiel à la preuve dans le procès environnemental	23
Titre 1 – Un obstacle tenant à l’incertitude scientifique empêchant la preuve dans le procès environnemental	23
Chapitre 1 – Une incertitude scientifique empêchant de faire la preuve dans le cadre du procès environnemental en responsabilité	24
Section 1 – Les difficultés liées à l’établissement du dommage et du préjudice	24
§1 – Un dommage imperceptible	24
A. La preuve difficile du dommage dans le procès environnemental administratif et civil	24
1. L’exigence inadaptée de la preuve d’un fait générateur certain	25
2. L’exigence pertinente de la preuve de dommages objectifs et collectifs	28
B. La preuve technique de l’infraction dans le procès environnemental pénal	30
§2 – Un préjudice indéterminé	36
A. La preuve complexe d’un préjudice individuel ou collectif subi par l’homme	36
B. La preuve nouvelle d’un préjudice subi par l’environnement	40
Section 2 – Les difficultés liées à l’établissement délicat d’un lien de causalité	44
§1 - Le caractère inadapté du lien de causalité face à la dispersion et la multiplicité des causes	45
§2 – Une évolution nécessaire vers des techniques de nature à réduire l’incertitude du lien causal	47
A. Les atouts des présomptions	48
B. Vers une nouvelle causalité probabiliste	51
Chapitre 2 – Une incertitude scientifique empêchant de faire la preuve dans le cadre du procès environnemental de la légalité	54
Section 1 – Les difficultés relatives à la preuve de l’urgence dans le cadre du recours en référé	54
Section 2 – Les difficultés relatives à la preuve dans le cadre du recours au fond	57
Titre 2 – Les remèdes contre cet obstacle empêchant la preuve dans le procès environnemental	61
Chapitre 1 – Privilégier la preuve raisonnable plutôt que la preuve rationnelle	61
Section 1 – Adapter les standards de preuve pour faciliter la protection de l’environnement	61
Section 2 – Une adaptation rendue nécessaire par l’investissement massif des prétoires par les plaideur	64
Chapitre 2 – Se satisfaire d’une preuve vraisemblable plutôt que certaine	66
Section 1 – L’objectif de vérité, une finalité non absolue du procès	66
§1 – Une vérité judiciaire construite	66
§2 - Une vérité judiciaire relative	68
Section 2 – Le critère de la vraisemblance, une condition satisfaisante	70
§1 – La relativité de la vérité scientifique	70
§2 – La réévaluation de l’exigence d’une preuve certaine	73
Partie 2 – Des obstacles d’ordre processuel à la preuve dans le procès environnemental	75
Titre 1 – Un obstacle constitué par la charge de la preuve pesant sur les parties	75
Chapitre 1 – Une incapacité matérielle en raison du manque de moyen et de la solitude des parties	76
Section 1 – L’incapacité des parties à obtenir des preuves en matière civile et administrative	76
Section 2 – Une incapacité renforcée en matière pénale par l’absence de poursuite des infractions environnementales	80
§1 – L’absence de constatations des infractions	80
§2 – Le contournement de l’audience	83
Chapitre 2 – Une incapacité juridique en raison de la protection des droits fondamentaux	85
Section 1 – Un obstacle lié à la protection de certains droits fondamentaux	85
§1 – La primauté excessive du secret des affaires sur le droit d’accès à l’information en matière environnementale	86
§2 – La primauté souhaitable d’un droit à la preuve effectif	89
Section 2 – Un remède possible via une nouvelle attribution de la charge de la preuve fondée sur l’aptitude à la preuve	91
Titre 2 – Un obstacle tenant à l’ineffectivité de l’intervention du juge dans la réunion des preuves par le recours aux mesures d’instruction	93

Chapitre 1 – Le recours essentiel aux mesures d’instruction	93
Section 1 – L’enjeu probatoire représenté par la caractérisation de l’utilité de la mesure d’instruction par les parties	94
Section 2 – Le rôle théoriquement actif des juges grâce à leur pouvoir d’office	96
Chapitre 2 – Le recours particulier à la preuve par expertise, propre au contentieux environnemental	99
Section 1 – La réactualisation pertinente de la pratique ancienne de l’expertise	99
§1 – Le constat d’un recours accru aux experts	100
§2 – La mise en évidence d’un recours contrasté à l’expert	101
A. Une indépendance et une compétence nécessaires à l’établissement d’une preuve objective	102
B. Une indépendance illusoire en pratique	102
Section 2 - Le poids écrasant du rapport de l’expert dans la décision du juge	105
§1 – La confirmation classique par le juge de la vérité présentée par l’expert	105
§2 – L’utilisation de l’expertise comme argument de justification du jugement	107
Conclusion	109
Annexes	112
Bibliographie	115
Table des matières	120